

Gabriele Kleb

**DIE RESSOURCENVERMUTUNGEN
IN § 23a I GWB**

ABKEHR VOM MARKTMACHTKONZEPT?

1981

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE RESSOURCENVERMUTUNGEN IN § 23a I GWB

-

ABKEHR VOM MARKTMACHTKONZEPT ?

INAUGURALDISSERTATION

Zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms - Universität

vorgelegt von:
Gabriele Kleb
aus Münster



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Harms
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Sandrock
- Dekan: Prof. Dr. Dr. Krawietz

Tag der mündlichen Prüfung: 3. 12. 1981

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Problemstellung	1
Gang der Untersuchung	5
 <u>Erster Abschnitt:</u>	
Die reformpolitischen Alternativen zu § 23a I und ihre Ablehnung durch die Legislative in marktmachtorientierter Würdigung	6
<u>Erstes Kapitel:</u> Abkopplungsvorschläge	6
I. "Abkopplung"	7
1. Der Vorschlag des Bundeskartellamtes	7
2. Der Vorschlag KANTZENBACH/MITTELSTEN-SCHIED	8
3. Die Position der Bundesregierung	9
II. Per se - Verbot	13
III. Zusammenfassung	13
<u>Zweites Kapitel:</u> Potentiallösung	14
I. "Große" und "kleine" Potentiallösung	14
II. Diskussion und Ablehnung der Potentiallösung im Wirtschaftsausschuß	15
1. Potentiallösung und bisher geltendes Recht	17
2. Potentiallösung und Vermutungskonzept	21
3. Ergebnis	23
 <u>Zweiter Abschnitt:</u>	
Beweisregel contra Regelbeispiel - Gegenüberstellung der alternativen Auslegungsmöglichkeiten zu § 23a I in Rechtsfolge und Markt-machtbezug	25
<u>Drittes Kapitel:</u> § 23a I als Beweislastvorschrift	28
I. Materielle Beweislastumkehr	28
II. Volle Beweislastumkehr	32
III. Materielle Beweislastumkehr, Untersuchungsgrundsatz und Parteimitwirkung	35
1. Meinungsspektrum	36
2. Lösungsansatz	38

	Seite
3. Untersuchungsgrundsatz und Partei- mitwirkung	40
a) Mitwirkungspflichten und Beweis- führungslast	41
b) Umfang der Amtsermittlungspflicht	44
c) Zusammenfassung	45
IV. Ergebnis	46
<u>Viertes Kapitel: § 23a I als Regelbeispielskatalog</u>	47
I. Die eingeschränkte Widerlegbarkeit von Regel- beispielen	48
1. Rechtsfolgen der Regelbeispielstechnik am Beispiel des § 243 StGB	48
2. Widerlegungsbeschränkungen durch Regelbei- spiele in § 23a I	49
II. Folgen der Regelbeispielsinterpretation in der Praxis	52
1. § 23a I 1a	52
2. § 23a I 1b	55
3. § 23a I 2	56
4. § 23a I 1b iVm § 23a II	58
5. Zusammenfassung	62
III. Ergebnis	63
<u>Dritter Abschnitt:</u>	
Regelbeispiele und Wettbewerbswirklichkeit - Zur Ursächlichkeit tatbestandsmäßiger Zusammenschlüsse gemäß § 23a I für die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung	65
<u>Fünftes Kapitel: Die tragenden Prämissen des § 23a I</u>	65
I. Konstruktion und Konzeption des § 23a I	66
II. Die Kernthese des § 23a I	68
1. Finanzkraft, Unternehmenskonzentration und Wettbewerb	69
2. Umsatz, überragende Marktstellung und Wettbewerb	69

IV

	Seite
a) Umsatz und Finanzkraft	69
b) Umsatz und "Unternehmensgröße"	71
III. Zielfrage	72
<u>Sechstes Kapitel:</u> Deutsche Erkenntnismöglichkeiten	73
I. Hauptgutachten der Monopolkommission	73
II. Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes	73
1. Aussagewert für konglomerate Zusammen- schlüsse	74
2. Aussagewert für vertikale Zusammenschlüsse	76
III. Untersuchung zur Wettbewerbslage kleiner und mittlerer Unternehmen	79
IV. Ergebnis	80
<u>Siebttes Kapitel:</u> Antitrustrechtliche Erkenntnisse in den USA	82
I. Die Vergleichbarkeit der Eingriffstatbestände in § 7 Clayton Act und § 24 I iVm § 22 I 2 GWB	82
II. Der besondere Problemlösungswert der Entschei- dungspraxis zu § 7 Clayton Act	85
III. Die Entscheidungspraxis zu § 7 Clayton Act	88
1. "Deep Pocket Doctrine" und disproportionale Unternehmensgröße bei vertikalen Zusammen- schlüssen	92
2. "Deep Pocket Doctrine" und disproportionale Unternehmensgröße bei diagonalen Zusammen- schlüssen	93
3. "Deep Pocket Doctrine" und Wettbewerbsgefähr- dung - Ergebnisse	97
4. Zwischenergebnis	99
5. Unternehmensgröße und Konzentration an sich - "pure conglomerates"	100
6. Amerikanische Tendenzen zu per se-Lösungen und ihr Aussagewert für die Realitätsnähe des § 23a I	102
a) Beispiele für per se-Tendenzen in der US-Rechtsprechung	103
b) Wertung	105
7. Endergebnis	108
IV.. Anschlußfrage	109

Vierter Abschnitt:

Systematische und teleologische Auslegung des § 23a I 110

Achtes Kapitel: Die Auslegung der §§ 22 I 2 und

24 I bis zur 4. GWB - Novelle 111

- I. Die Praxis zu § 22 I 2 113
 - 1. Der Fall Mannesmann/Brüninghaus 115
 - 2. Der Fall Thyssen/Hüller 116
- II. Die Praxis zu § 24 I - Der Fall Sachs/GKN 117
 - 1. Die Stellungnahme des BGH zur Argumentation des Bundeskartellamtes 118
 - 2. Die Stellungnahme des BGH zur Argumentation des Kammergerichts 119
 - 3. Die innere Widersprüchlichkeit der Entscheidungsgründe des BGH 120
 - 4. Die Prognoseanforderungen in § 24 I 125
 - 5. Die zeitliche Reichweite der Prognose in § 24 I 127
- III. Die Kontrolle ressourcenaktiver Zusammenschlüsse bis zur 4. Novelle - Zusammenfassung 130
- IV. Ergebnis 132

Neuntes Kapitel: Die "Fortentwicklung" der Fusionskontrolle durch § 23a I

133

- I. Ratio legis 133
 - 1. Die Inkongruenz von Rechtsetzungswille und Regelungserwartung 137
 - 2. Folgerungen 139
- II. Das Marktmachtkonzept als Grenze teleologisch zulässiger Rechtsfortbildung in § 24 I und § 22 I 2 141
 - 1. § 24 I 141
 - 2. § 22 I 2 141
 - 3. Zusammenfassung 145
- III. Ergebnis 146

Fünfter Abschnitt:

Verfassungskonforme Auslegung des § 23a I 148

<u>Zehntes Kapitel: Materielle Beweislastumkehr und</u>	
Verfassung	148
I. Die Gesetzgebungskompetenz - Art. 74 Nr. 16 GG	149
II. Das Übermaßverbot	150
1. Gesetzgebungsziel	151
2. Verhältnismäßigkeit des Mittels	153
a) Eignung	154
b) Erforderlichkeit	155
III. Das Willkürverbot	159
IV. Der Bestimmtheitsgrundsatz	160
1. § 23a I als Eingriffstatbestand	160
2. Normklarheit des § 23a I 1a - "kleine und mittlere Unternehmen"	162
a) Gesetzesbegründung	164
b) Funktionelle Unterschiede in § 5b und § 23a I 1a	165
c) Umsatzkriterien in der Fusionskontrolle	166
d) Ergebnis	168
V. Nulla poena sine culpa	169
VI. Zusammenfassung	170
<u>Elftes Kapitel: Regelbeispiele und Verfassung</u>	171
<u>Sechster Abschnitt:</u>	
Konsequenzen - Die praktische Tragweite des § 23a I	176
<u>Zwölftes Kapitel: Die Konkretisierung der Widerle-</u>	
gungsmöglichkeiten zu § 23a I	176
I. Tatbestandsunabhängige Widerlegungsmöglichkeiten	176
II. Tatbestandsspezifische Widerlegungsmöglichkeiten	177
1. § 23a I 1a	178
a) Wettbewerbsbelebung	178
b) Marktpräsenz anderer Großunternehmen	180
c) Kompensation großer Finanzkraft durch höhere Marktanteile kleinerer Wettbewerber	181
2. § 23a I 1b	185
a) Ausgewogene Unternehmensstruktur auf dem relevanten Markt	185

	Seite
b) Keine "Erwartung" iSd § 24 I	186
c) Teilwiderlegung des § 23a I 1b	189
3. § 23a I 2	192
a) Übertragbarkeit der zu § 23a I 1 ermittel- ten Widerlegungsstatsachen	192
b) Gemeinschaftsunternehmen - neue Märkte	193
III. Konkurrenz der §§ 23a I und 22 III 1	194
IV. Praktische Tragweite des § 23a I - Zusammenfassung	196
Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	198
Schlußbetrachtung - Rechtspolitische Perspektiven	199

Literaturverzeichnis

- Areeda, P./
Turner, D.F. Antitrust Law, Bd I
Cambridge (Mass.) 1978
- "Conglomerate Mergers: Extended Interdependence and Effects on Interindustry Competition as Grounds for Condemnation"
University of Pennsylvania Law Review
1979, 1082
- Arzt, G. Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen
JuS 1972, 385 (I), 515 (II), 576 (III)
- Autenrieth, K. Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle?
Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH v. 2.12.1980, KVR 1/80 "hydraulischer Schreitausbau"
DB 1981, 1025
- Badura, P. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat
in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft (Hrsg. Scheuner),
Frankfurt 1971
(Badura, Rechtsprechung)
- Ballerstedt, K. Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit
DÖV 1951, 151
- Bauer, J.P. Challenging Conglomerate Mergers under the Clayton Act: Today's and Tomorrow's Legislation
Boston University Law Review 1978, 199
- Baumbach, A./
Lauterbach, W./
Albers, J./Hartmann, P. Zivilprozeßordnung, 38. Auflage
München 1980

- Baur, F. Richterliche Hinweispflicht und Untersu-
 chungsgrundsatz
 in: Rechtsschutz im Sozialrecht, 35
 Köln - München 1965
 (Baur, Untersuchungsgrundsatz)
- Baur, J.F. Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung
 nach der zweiten Novelle zum Gesetz ge-
 gen Wettbewerbsbeschränkungen
 BB 1973, 915
- Entwicklungslinien im Recht der Wettbe-
 werbsbeschränkungen
 JZ 1978, 586
- Der relevante Markt - eine durchaus not-
 wendige Figur des Rechts der Zusammen-
 schlußkontrolle
 in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe
 zum 65. Geburtstag von Max Kummer,
 293
 Bern 1980
 (Baur, Markt)
- The Control of Mergers Between Large,
 Financially Strong Firms in West Germany
 ZgS 1980, 444
- Bechtold, R. Marktbeherrschung, Preiskontrolle,
 Fusionskontrolle
 DB 1974, 1945
- Schwerpunkte der 4. GWB - Novelle
 BB 1978, 565
- Belke, R. Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsver-
 bote nach der Kartellgesetznovelle 1973
 Teil 1: Grundlagen
 ZHR 138 (1974), 227
- Benisch, W. Das neugeregelte Diskriminierungsverbot
 in: FIW - Schriftenreihe, Bd 66 (1974), 123

- Bernotat, W. Fusionskontrolle bei Oligopolen unter Berücksichtigung des Oligopolstatbestandes § 23a Abs. 2
WuW 1980, 713
- Bettermann, K.A. Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß
DVBl 1957, 84
- Referat: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd II (Verhandlungsprotokolle), Teil E, 26
München - Berlin 1966
(Bettermann, Referat)
- Diskussionsbeiträge
in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd II (Verhandlungsprotokolle), Teil E, 50 ff
(Bettermann, Diskussionsbeitrag)
- Blake, H.M. Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws
Columbia Law Review 1973, 555
- Blechman, M. Die neuen Vermutungen des GWB bei Zusammenschlüssen im Lichte des US - Antitrustrechts
GRUR Int. 1980, 647
- Blei, H. Die Regelbeispielstechnik der schweren Fälle und §§ 243, 244 StGB
in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag (Hrsg. Lüttger/Blei/Hanau), 419
Berlin-New York 1972

- Blomeyer, A. Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil-
und Verwaltungsprozeß
in: Verhandlungen des 46. Deutschen Ju-
ristentages, Bd I (Gutachten), Teil
2 A, 1
München - Berlin 1966
(Blomeyer, Gutachten)
- Böhlk, H.J./
Schöppe, G. Ein Dilemma der Fusionskontrolle
DB 1977, 2361
- Der GKN-Sachs - Fall: Eine Bewährung der
Fusionskontrolle ?
DB 1978, 1113
- Böhnke, R. Diversifizierte Unternehmen
in: Volkswirtschaftliche Schriften,
Heft 252
Berlin 1976
- Bogs, H. Die verfassungskonforme Auslegung von
Gesetzen
in: Res Publica, Beiträge zum Öffentli-
chen Recht, Bd 15
Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz
1966
- Bork, R.H. Antitrust and the Theory of Concentrated
Markets
Antitrust Law Journal 1977, 873
- The Antitrust Paradox
A Policy at War with Itself
New York 1978
- Buss, W. Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil-
und Verwaltungsprozeß
DRiZ 1966, 291
- Calliess, R.-P. Die Rechtsnatur der "besonders schweren
Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht
JZ 1975, 112

- Dahlinger, E. Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
NJW 1957, 7
- Darscheid, K. Stand der mittelständischen Unternehmen
im Wettbewerb mit großen Unternehmen
WuW 1979, 517
- Demsetz, H. Wirtschaftswissenschaft als Leitfaden
für die Antitrustregelung
in: Ökonomische Analyse des Rechts
(Hrsg. Assmann/Kirchner/Schauze)
Kronberg 1978
- Doerinkel, A. Die Kooperationserleichterungen nach der
der Kartellnovelle 1973
in: FIW - Schriftenreihe Bd 66, 23
- Dubischar, R. Grundsätze der Beweislastverteilung im
Zivil- und Verwaltungsprozeß
JuS 1971, 385
- Dunfee, Th.W./
Riechmann, V. Kontrolle von Industriestrukturen: Neue
Entwicklungen im US - amerikanischen
Antitrust - Recht
RIW/AWD 1977, 458
- Ebel, H.-R. Novellierung des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen
NJW 1973, 1577
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und EWG - Kartellrecht, Kommentar
Frankfurt, Stand: Dezember 1980
- Vierte Kartellgesetznovelle in Kraft ge-
treten
DB 1980, 1105
- Ebke, W. . Erweiterte Anzeigepflicht bei Unterneh-
menszusammenschlüssen in den USA
- Hart-Scott-Rodino Antitrust Improve-
ments Act von 1976 und FTC Premerger No-
tification Rules von 1978
RIW/AWD 1979, 297

- Edwards, C.D. Conglomerate Bigness as a Source of Power
in: Business Concentration and Price
Policy, National Bureau of Economic
Research (ed.), 331
Princeton 1955
(Edwards, Conglomerate Bigness)
- The Significancs of Conglomerate Concen-
tration in Modern Economies
in: Die Konzentration in der Wirtschaft
(Hrsg. Arndt), Schriften des Vereins
für Socialpolitik, Bd 20/I, 2. Aufla-
ge, 137
Berlin 1971
(Edwards, Significance)
- Ehrenberg, H. Wettbewerbs- und Strukturpolitische Auf-
gaben der neuen Legislaturperiode
WuW 1976, 722
- Emmerich, V. Fusionskontrolle und überragende Markt-
stellung unter besonderer Berücksichti-
gung der Unternehmenskonzentration bei
der öffentlichen Hand
in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfas-
sung (Hrsg. Sauermann/Mestmäcker),
Festschrift für Franz Böhm zum 80.
Geburtstag, 119
Tübingen 1975
(Emmerich, Marktstellung)
- Die höchstrichterliche Rechtsprechung
zum GWB
ZHR 140 (1976), 97 ff
- Wettbewerbsrecht
in: JuS - Schriftenreihe, Heft 27,
2. Auflage
München 1976
(Emmerich, Wettbewerbsrecht)

- Emmerich, V. Kartellrecht
 in: JuS - Schriftenreihe, Heft 27,
 3. Auflage
 München 1979
 (Emmerich, Kartellrecht)
- Die bisherige Praxis der Fusionskontrolle
 Eine kritische Analyse
 AG 1978, 85 (I), 118 (II)
- Die Fusionskontrolle bis zur 4. Novelle
 AG 1980, 205 (I), 240 (II)
- Emrich, H.M. Die Problematik der Fusionskontrolle bei
 Konglomeraten. - Eine Untersuchung der
 rechtlichen Schwierigkeiten und ihrer
 wirtschaftlichen Grundlagen unter beson-
 derer Berücksichtigung der Einzelmarktbe-
 trachtung und des Marktanteilskriteriums
 in den §§ 24, 22 GWB
 in: Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd 29
 Berlin 1978
- Eyermann, E./ Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar
 Fröhler, L. München 1980
- Fischer, R. Konglomerate Konzentration und wettbewerb-
 liches Marktmachtkonzept
 WuW 1972, 567
- Fischötter, W./ Anmerkung zum Vitamin - B - 12 - Beschluß
 Lübbert, H.-D. des BGH vom 3.7.1976
 BB 1977, 112
- Kaufmann, H./ Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen
 Rautmann, H.-G./ Wettbewerbsbeschränkungen, Bd III
 u.a. Köln, Stand: 20.7.1978
 (FK)
- Frankus, H.J. Fusionskontrolle bei Konglomeraten
 in: Schriftenreihe zur Industrie- und
 Entwicklungspolitik, Bd 10
 Berlin 1972

- Geis, I. Das Tatbestandsmerkmal "Marktbeherrschung" in § 22 GWB: Schwierigkeiten der gesetzlichen Definition und Möglichkeiten einer neuen Definition
Dissertation Hamburg 1975
- Gellrich, L. Beweislast und Verwaltungsstreitverfahren
JR 1955, 175
- Gentz, M. Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen
NJW 1968, 1600
- Glaser, G. Die Entwicklung der amerikanischen Antitrustpolitik
AWD 1973, 516
- Gleiss, A. Die Gefahren des US - Antitrustrechts für europäische Unternehmen
AWD 1969, 499
- Gleiss, A./
Bechtold, R. Das neue deutsche Kartellgesetz
BB 1973, 1142
- Grunsky, W. Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage
Bielefeld 1974
- Hamann, A./
Lenz, H. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Auflage
Neuwied und Berlin 1974
- Harms, W. Conglomerate Mergers im Antitrustrecht
WuW 1966, 865
- Fusionskontrolle: Praxis, Novellierungspläne und kritische Würdigung
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 81 (1978), 43
- Größenkriterien als Auf- und Eingreifkriterien in der deutschen Fusionskontrolle
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 98 (1981), 7

- Haueisen, F. Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren
DVB1 1962, 881
- Hermanns, F. Marktmacht und Mißbrauch, Bemerkungen zum Beschluß des BGH im Verfahren Vitamin - B-12
WRP 1976, 745
- Hesse, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage
Karlsruhe 1974
- Hinz, H.W. Unausgewogen und kompliziert
MA 1978, 165
- Hintze, G. Die "überragende Marktstellung", Anmerkungen zum Vitamin-B-12-Beschluß des BGH vom 3.7.1976
WuW 1977, 18
- Hitzler, G. Systeme der Fusionskontrolle. - Ein Vergleich der Fusionskontrolle nach französischem und europäischem Recht mit der Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: Schriftenreihe Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd 4
München 1979
- Höelzler, H. Neuere Initiativen zum US - Antitrustrecht - Ein Überblick -
WuW 1980, 728
- Hoffmann, H. Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
DVB1 1957, 603
- Hootz, Ch. Anmerkung zum Vitamin-B-12-Beschluß des BGH vom 3.7.1976,
BB 1976, 1240
- Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 21.2. 1978 (Kennwort: "Kfz - Kupplungen")
BB 1978, 826 f

- Hoppmann, E. Zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
in: Die Aussprache 1969, 282
(Hoppmann, Mißbrauchsaufsicht)
- Fusionskontrolle
in: Walter Eucken - Institut, Vorträge und Aufsätze, Bd 38
Tübingen 1972
(Hoppmann, Fusionskontrolle)
- Huber, G. Das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluß, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens
WuW 1975, 371
- Huber, U. Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Wettbewerbsrecht
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 80 (1978)
- Huppert, W. Richtlinien für eine Fusionskontrolle
WuW 1971, 461
- Immenga, U. Schwerpunkte der vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
NJW 1980, 1417
- Die Eingriffsschwelle zur Fusionskontrolle
in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, 363
Bern 1980
(Immenga, Eingriffsschwelle)
- Immenga, U./Schulte-Braucks, R. Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs.3 GWB
Kritische Anmerkungen zur Entscheidung des Kammergerichts in der Sache "Blei- und Silberhütte Braubach" vom 16. 1. 1980
BB 1981, 149
- Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
München 1981

- Jander, K./
Brenscheidt, M. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act 1976
Drei wichtige Änderungen der Antitrustgesetze
RIW/AWD 1977, 204
- Jüngst, R. Marktbeherrschungsbegriff "überragende Marktstellung" (§ 22 I Nr.2 GWB) und Diversifikation
in: Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd 33
Berlin - München 1980
- Kaiser, J.H. Fusionskontrolle oder Fusionsverbot?
Die Vermutungen des Entwurfs der IV. GWB-Novelle
WuW 1978, 344
- Kallfass, H.H. Die Chicago School - Eine Skizze des "neuen" amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik
WuW 1980, 596
- Kartte, W. Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 49 (1969)
- 20 Jahre Kartellgesetz - Gegenwart und Zukunft einer Ordnungsidee
WuW 1978, 114
- Kirschstein, F. Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
München 1974
- Kleinmann, W./
Bechtold, R. Kommentar zur Fusionskontrolle
Heidelberg 1977
- Klauss, G. Die Bestimmung von Marktmacht. Eine Untersuchung von Marktkriterien unter Berücksichtigung der Zusammenschlußkontrolle des "Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" in der Bundesrepublik Deutschland
in: Schriften zur Industrie- und Entwicklungspolitik, Bd 18
Berlin 1975

- Klodt, H. Kleine und große Unternehmen im Struktur-
wandel - Zur Entwicklung der sektoralen
Unternehmenskonzentration
in: Die Weltwirtschaft
Halbjahresschrift des Instituts für
Weltwirtschaft an der Universität Kiel
1980, Heft 1, 79
- Knöpfle, R. Zur Novellierung des § 22 GWB
BB 1970, 717
- Die marktbeherrschende Stellung nach der
Neufassung des § 22 GWB
BB 1973, 1177
- v. Köhler, K.-H. Rechtsprobleme im Vorfeld einer Fusions-
kontrolle
DB 1973, 169
- Kottke, F. Six Misconceptions of Procompetition
Policy
Journal of Economic Issues 1979, 543
- Lambsdorff, O. Geleitwort zur 4. Kartellgesetznovelle
Graf v. WuW 1980, 288
- Langen, E./Nieder- Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Auflage
leithinger, E./ Neuwied - Darmstadt 1977
Schmidt, U.
- Lanzenberger, F. Fusionskontrolle durch das Bundeskartell-
amt
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 66 (1974), 75
- Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft
4. Auflage
Berlin - Heidelberg - New York 1979
- Leibholz, G./ Grundgesetz für die Bundesrepublik
Rinck, H.J. Deutschland, Kommentar an Hand der Recht-
sprechung des Bundesverfassungsgerichts,
6. Auflage
Köln 1980

- Leo, H.-Ch. Zur Reform der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WRP 1972, 1
- Lerche, P. Übermaß und Verfassungsrecht
Köln - Berlin - Bonn - München 1961
- Loewenheim, U. Die Fusionskontrolle in der Vierten Novelle zum GWB
WRP 1978, 847
- Lübbert, H.-D. Der Begriff der überragenden Marktstellung in § 22 Abs.1 Nr.2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis
WuW 1977, 559
- Lütke, G. Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß
JZ 1966, 589
- Maetzel, W.B. Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß
DÖV 1966, 520
- Maier-Reimer, G. Neueste Entwicklung im Recht der Fusionskontrolle unter besonderer Berücksichtigung der 4. Novelle zum GWB
GRUR 1980, 969
- Maiwald, M. Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag (Hrsg. Lackner/Leferenz/u.a.), 137
Berlin-New York 1973

- v. Mangoldt, H./ Klein, F. Das Bonner Grundgesetz, Bd II, 2. Auflage
Berlin - Frankfurt 1966
- Markert, K. USA: Konzentrationsverbot des sec. 7
Clayton Act auch auf "diagonale" Zusammen-
schlüsse anwendbar
AWD 1965, 251
- Neue amerikanische Urteile zur Zulässig-
keit konglomerater Zusammenschlüsse
AWD 1966, 425
- Die Fusionsrechtsprechung des Obersten
Gerichtshofs der USA im Gerichtsjahr
1965/66
WuW 1966, 855
- Verbot des Zusammenschlusses Procter &
Gamble/Clorox vom Obersten Gerichtshof
der Vereinigten Staaten bestätigt
AWD 1967, 461
- Die USA - Hearings über die Konzentration
in der Wirtschaft
DB 1969, 449
- Beurteilungsgesichtspunkte diagonalen
Zusammenschlüsse anhand amerikanischer
Fälle
in: Wettbewerb im Wandel (Hrsg. Gutzler/
Herion/Kaiser), 407
Eberhard Günther zum 65. Geburtstag
Baden-Baden 1976
(Markert, Beurteilungsgesichtspunkte)
- Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 21.2.
1978 (Kennwort: "Kfz-Kupplungen")
BB 1978, 678
- Maunz, Th./Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd II
G./Herzog, R./ München, Stand: 17. Lieferung 1979
Scholz, R.

- Meinhold, W. Diversifikation, konglomerate Unternehmen
und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
gen
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 79 (1977)
- Menger, Chr.-F. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Ver-
waltungsrecht
VerwArch 55 (1964), 389
- Fragen zur Mitwirkung des Antragstellers
im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit
in: Rechtsschutz im Sozialrecht, 145
Köln - München 1965
(Menger, Sozialgerichtsbarkeit)
- Möschel, W. Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbe-
werbsbeschränkungen
Tübingen 1974
(Möschel, Oligopolmißbrauch)
- Marktmacht und Preiskontrolle
BB 1976, 49
- Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrust-
recht ver Vereinigten Staaten von Amerika
RabelsZ 1980, 203
- Moog, R. Die Bildung gegengewichtiger Marktmacht
nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen
in: Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd 32
Berlin 1980
- Moosecker, K. Fusionskontrolle und Rechtssicherheit
GRUR 1978, 517
- Mühl, O. Der Schutz mittelständischer Unternehmen
aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher
und wirtschaftsverwaltungsrechtlicher
Sicht
in: Festschrift für H. Bartholomeyczik
(Hrsg. Harms/Heckelmann/u.a.)
Berlin 1973

- Müller-Henneberg, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar), hrsg. von Hans Müller - Henneberg, und Gustav Schwartz in Verbindung mit Horst Bartholomeyczik u.a.
Köln - Berlin 1958, 1963, 1981
(z.B. Harms, GK)
- Müller, H./Giessner, P./Scholz, U. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
3. Auflage
Frankfurt, Stand: 4. Lieferung 1979
- v. Münch, I. Grundgesetz - Kommentar, Bd 3
(Hrsg.) München 1978
- Nagel, B. Kann die Fusionskontrolle ihren Anspruch einlösen?
DB 1979, 1021
- Neiser, J. Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle
Die deutschen Erfahrungen bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis
Dissertation Hohenheim 1979
- Newerla, R. Nochmals: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
NJW 1957, 619
- Niederleithinger, E. Praxis der Marktbeherrschungs- und Fusionskontrolle im Zeitraum 1974/75
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 73 (1975), 73
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 39. Auflage
München 1980
- Pertschuk, M./Davidson, K.M. What's Wrong with Conglomerate Mergers?
Fordham Law Review 1979, 1
- Pfeiffer, G. Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 91 (1980), 1

- Posner, R.A. The Chicago School of Antitrust Analysis
University of Pennsylvania Law Review
1979, 925
- Divestiture, Deconcentration, and Anti-trust Policy
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 97 (1981)
- Purrucker, S. Probleme der Durchführung der Fusionskontrolle nach dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB bei vollzogenen Zusammenschlüssen in rechtsvergleichender Sicht
Die Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Dissertation Kiel 1974
- Raisch, P. Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen
ZHR 128 (1966), 168
- Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument zur Bindung großer wirtschaftlicher Macht
BB 1971, 229
- Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB
in: Wettbewerb als Aufgabe
 Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Hrsg. Mestmäcker), 359
 Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1968
(Raisch, Mißbrauch)
- Methodische Bedenken gegen Generalklauseln bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Fusionskontrolle
in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag (Hrsg. Jakobs u.a.), 227
 Köln 1978
(Raisch, Bedenken)

- Raisch, P. Zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Kartellrecht durch den Bundesgerichtshof am Beispiel der Preismißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle in: Festschrift für Robert Fischer (Hrsg. Lutter/Stimpel/Wiedemann), 547
Berlin 1979
(Raisch, Konkretisierung)
- Ramrath, S. Die "überragende Marktstellung" als Merkmal der Fusionskontrolle - Marktmachtkonzept versus Ressourcentheorie, Überlegungen zum geltenden Recht und seinen Entwicklungsmöglichkeiten
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 84 (1978)
- Rauschenbach, G. Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater
NJW 1973, 1857
- Redeker, K. Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß
NJW 1966, 1777
- Diskussionsbeiträge
in: Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages, Bd II (Verhandlungsprotokolle), Teil E, 50 ff
München - Berlin 1967
(Redeker, Diskussionsbeitrag)
- Redeker, K./v. Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Auflage
Oertzen, H.-J. Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1978
- Reich, N. Mißbrauchsaufsicht durch Preiskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen ?
ZRP 1975, 159
- Anmerkung zum Vitamin-B-12-Beschluß des Kammergerichts vom 19.3.1975
BB 1975, 1273

- Reich, N. Anmerkung zum Vitamin-B-12-Beschluß des
BGH vom 3.7.1976
NJW 1976, 2262
- Rittner, F. Quantitative Legaldefinitionen im Wirt-
schaftsrecht
in: Gesetzgebungstheorie, Juristische
Logik, Zivil- und Prozeßrecht,
Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig
(Hrsg. Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel),
74
Berlin-Heidelberg-New York 1978
(Rittner, Legaldefinitionen)
- Robinson, St.D. Recent Antitrust Developments - 1979
Columbia Law Review 1980, 1
- Röhling, E. Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kar-
tellgesetz
DB 1973, 1585
- Rosenberg, L. Die Beweislast, 5. Auflage
München 1965
- Rosenberg, L./
Schwab, K.-H. Zivilprozeßrecht, 12. Auflage
München 1977
- Ruckriegel, W. Beweislast und Beweislastverteilung im
Verwaltungsprozeß
DÖV 1958, 531
- Rupp, H.H. Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung:
gelöste und ungelöste Probleme
AöR 85 (1960), 149
- Säcker, F. "Mehrmütterklausel" und Gemeinschaftsun-
ternehmen
NJW 1980, 801
- Sander, H. Kritische Würdigung der Auf- und Eingreif-
kriterien der Fusionskontrolle nach § 24
GWB
Dissertation Münster 1976

- Sandrock, O. Die Anwendung des USamerikanischen Antitrustrechts auf die vertikale Konzentration, Gutachten im Auftrag der Deutschen Monopolkommission (maschinenschriftlich vervielfältigtes Manuskript)
- Sangmeister, B. Die rule of reason und das per se - Konzept, in: FIW - Schriftenreihe, Bd 72 (1975)
- Salamon, K./
Siegfried, K.M. Economic Power and Political Influence: The Impact of Industry Structure and Public Policy
American Political Science Review 1977, 1026
- Satzky, H. Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle
ZHR 141 (1977), 554
- Scherer, F.M. Europäische Fusionskontrolle, die "Rule of Reason" und die Regel der Geheimhaltung
WuW 1974, 81
- The Posnerian Harvest: Separating Wheat from Chaff
Yale Law Journal 1977, 974
- Schmidt, I. Entwicklung der Antitrustrechtsprechung gegenüber Konglomeraten
AWD 1972, 275
- US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht
Berlin 1973
(I.Schmidt, Wettbewerbspolitik)
- Schmidt, K. Vierte Kartellrechtsnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimationsproblemen, Schwerpunkte und Kritik des Gesetzentwurfs
ZRP 1979, 38
- "Unternehmen" und "Abhängigkeit": Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht
ZGR 1980, 277

- Schmidt-Bleibtreu, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Auflage
B./Klein, F. Neuwied-Berlin 1980
- Schönke, A./
Schröder, H. Straßengesetzbuch, Kommentar 20. Auflage
München 1980
- Scholz, R. Konzentrationskontrolle und Grundgesetz
Stuttgart 1971
- Schröder, H. Gesetzliche und richterliche Strafzumessung
in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag (Hrsg. Engisch/Maurach),
415
München-Berlin 1954
- Schütz, J. Vermutungen statt Prognose
DB 1979, 197
- Schultz, K.-P. Die Vermutungen des § 23a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23a Abs.2)
WuW 1981, 102
- Sieben, G./Goetzke, W./Matschke, M.J. Der Begriff "Finanzkraft" in § 22 GWB aus betriebswirtschaftlicher Sicht
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 89 (1979)
- Stein-Jonas/Schumann, E./Leipold, D./u.a. Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd 1
19. Auflage
Tübingen 1972
- Steindorff, E. Zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach der GKN/Sachs - Entscheidung des BGH vom 21. Februar 1978 - KVR 4/77, Ein Beitrag zu komplementären Zusammen-
schlüssen
ZGR 1978, 778

- Steindorff, E. Gemeinschaftsunternehmen mit zwei paritätisch beteiligten Gesellschaftern
NJW 1980, 1921
- The Urge to Merge The Urge to Merge - Where Has it Come From and Where is it Going ?
A Program by the Section of Corporation, Banking, and Business Law
Panelists: J.R. Perella, Th.M. Evans, D. Boies, J. Shenefield, F. Greene
St. Friedman
Business Lawyer 1980, 1417
(z.B. Perella, Bus. Law. 1980)
- Tietgen, W. Schlußwort (zu Bettermann)
DVBl 1957, 86
- Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß
in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd I (Gutachten),
Teil 2 B, 1
München-Berlin 1966
(Tietgen, Gutachten)
- Turner, D.F. Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act
Harvard Law Review 1965, 1313
- Ule, C.H. Verwaltungsprozeßrecht, 7. Auflage
München 1978
- Ulmer, P. Bemerkungen zum Valium-Beschluß des BGH
BB 1977, 357
- Ulmer, P./
Lübbert, H.-D. Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis nach der 2. GWB - Novelle
WuW 1976, 349

- Veltrup, B. Ansätze einer ressourcenorientierten
Erfassung wirtschaftlicher Macht
in: Wettbewerb im Wandel (Hrsg. Gutzler/
Herion/Kaiser), 207
Eberhard Günther zum 65. Geburtstag
Baden-Baden 1976
- Waigel, Th. Fusionsverbot für Großunternehmen ?
WuW 1979, 371
- Wessels, J. Zur Problematik der Regelbeispiele für
"schwere" und "besonders schwere Fälle"
in: Festschrift für Reinhardt Maurach zum
70. Geburtstag (Hrsg. Schroeder/Zipf),
295
Karlsruhe 1972
- Westrick, K./
Loewenheim, U. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
Kommentar, 4. Auflage
Herne-Berlin 1978 - 1980
- Willeke, F.-U. Wettbewerbspolitik
Tübingen 1980
- Wirz, H.B. Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle
WuW 1973, 250
- Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22
GWB
in: FiW - Schriftenreihe, Bd 66 (1974), 41
- Die vermutete Marktbeherrschung
WuW 1975, 611
- Marktbeherrschung und Preismißbrauch im
GWB nach neuester Rechtsprechung
WRP 1977, 244
- Wittig, P. Zum Standort des Verhältnismäßigkeits-
grundsatzes im System des Grundgesetzes
DÖV 1968, 817

- Wittig, P. Gesetzgeberisches Ermessen und verfassungsgerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsrecht
BB 1969, 386
- Witzel, M. Die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Eine verfassungsrechtliche Würdigung der Kartellgesetz - Novelle vom 3. August 1973
Dissertation München 1974
- v. Woedtke, P. Die "überragende Marktstellung" in der Fusionskontrolle (§ 22 I Nr.2 GWB i.V.m. § 24 GWB)
-Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der amerikanischen Entscheidungen-
- Wolf, D. Stand der Vierten GWB - Novelle unter besonderer Berücksichtigung der Fusionskontrolle
in: FIW - Schriftenreihe, Bd 91 (1980), 13
- Fortentwicklung der Fusionskontrolle
WuW 1980, 462
- Wolter, M. Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes
WuW 1979, 213
- Zohlhnhöfer, W. Wettbewerbspolitik im Oligopol
Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik
Basel-Tübingen 1968
- Zuck, R. Aktuelle Probleme der Wirtschaftspolitik und die tragenden Grundsätze der Wirtschaftsverfassung
BB 1967, 805

Amtliche Materialien

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Regierungsentwurf der 2. GWB - Novelle, Protokoll des Wirtschaftsausschusses vom 8. Dezember 1971, Nr. VI/53

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Regierungsentwurf der 2. GWB - Novelle, Protokoll des Wirtschaftsausschusses vom 9. Dezember 1971, Nr. VI/54

Begründung zum 1. Entwurf der 2. GWB - Novelle,
BT-Dr VI/ 2520 (1971)

Bericht des Wirtschaftsausschusses und Stellungnahme des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf der 2. GWB - Novelle,
BT-Dr 7/765 (1973)

Zweite und dritte Beratung des Regierungsentwurfs der 2. GWB - Novelle, 42. Sitzung des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, Bd

Regierungserklärung vom 16. Dezember 1976, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Plenarprotokoll 8/5, 31

Referentenentwurf der 4. GWB - Novelle vom 10. Januar 1978, BMWi I B 5/I B 6 - 221357/58

Begründung zum Regierungsentwurf der 4. GWB - Novelle,
BT-Dr 8/2136 (1978)

Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf der 4. GWB - Novelle, BR-Dr 231/78

Erste Lesung des Regierungsentwurfs der 4. GWB - Novelle, 115. Sitzung des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, Bd 107, 8983

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Regierungsentwurf der 4. GWB - Novelle, Protokoll des Wirtschaftsausschusses vom 12. März 1979, Nr. 8/53

Nichtöffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Regierungsentwurf der 4. GWB - Novelle, Protokoll des Wirtschaftsausschusses vom 7. November 1979

Beschlußempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses zur 4. GWB - Novelle vom 21. Februar 1980, BT-Dr 8/3690

Mehr Wettbewerb ist möglich

1. Hauptgutachten der Monopolkommission, Baden-Baden 1976

Stellungnahme der Bundesregierung zum 1. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Dr 8/702 (1977)

Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen

2. Hauptgutachten der Monopolkommission, Baden-Baden 1978

Fusionskontrolle bleibt vorrangig

3. Hauptgutachten der Monopolkommission, Baden-Baden 1980

Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes 1973 - 1978

BT-Dr 7/2250, BT-Dr 7/3791, BT-Dr 7/5390, BT-Dr 8/704,
BT-Dr 8/1925, BT-Dr 8/2980

Quellen ohne Verfasserangabe

Kooperationsfibel, herausgegeben vom BMWi, Bonn 1976

Kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerb

Eine Untersuchung der IHK Koblenz, zusammengefaßt in
WuW 1977, 306

Gemeinsame Stellungnahme der Handelsverbände zum Regierungsentwurf der 4. GWB - Novelle, WRP 1979, 105

Arbeitsunterlage des Bundeskartellamtes für den Arbeitskreis Kartellrecht 1979 vom 15. September 1979

Aussprache des BDI - Arbeitskreises mit dem Bundeskartellamt über aktuelle Fragen der Fusionskontrolle vom 22. Mai 1980, Inhaltsprotokoll des BDI vom 27. Mai 1980

Abkürzungsverzeichnis

AG	Die Aktiengesellschaft
AGV	Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher
A.L.J.	Antitrust Law Journal
Am.Pol.Sci.Rev.	American Political Science Review
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ASU	Arbeitsgemeinschaft selbstständiger Unternehmer
ATD	Antitrust Division
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs - Beraters
BB	Betriebs - Berater
BDB	Bundesverband deutscher Banken
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGBI	Bundesgesetzblatt
BKartA	Bundeskartellamt
B.L.Rev.	Boston University Law Review
BMWi	Bundesminister für Wirtschaft
BRat	Bundesrat
BR-Dr	Bundesrats - Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Dr	Bundestags - Drucksache
Bus.Law.	Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Col.L.Rev.	Columbia Law Review
DAG	Deutsche Angestellten - Gewerkschaft
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGenV	Deutscher Genossenschaftsverband
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
FGO	Finanzgerichtsordnung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb

FK	Frankfurter Kommentar zum GWB
Ford.L.Rev.	Fordham Law Review
FTC	Federal Trade Commission
GK	Gemeinschaftskommentar zum GWB
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HDE	Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhan- dels
IHK	Industrie- und Handelskammer
J.E.I.	Journal of Economic Issues
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
MA	Der Markenartikel
MdB	Mitglied des Bundestages
MG	Merger Guideline
MK	Hauptgutachten der Monopolkommission
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Penns.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
RA	Rechtsausschuß
RebelsZ	Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdz	Randziffer
RefE	Referentenentwurf
RegB	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RegErkl	Regierungserklärung
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft (bis 1974 Außenwirtschaftsdienst des Betriebs - Beraters)
sec.	section
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Tab.	Tabelle
TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes
Tz	Textziffer

v.	versus
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WA	Wirtschaftsausschuß
WA-Prot	Protokoll des Wirtschaftsausschusses
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVDH	Zentralverband des Deutschen Handwerks

Zitierweise wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen

WuW/E BKartA, 1	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Entscheidungen des Bundeskartellamtes, S. 1
WuW/E OLG, 1	dito, Entscheidungen des Kammergerichts und der Oberlandesgerichte, S. 1
WuW/E BGH, 1	dito, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, S. 1
1 US 1	Sammlung der Entscheidungen des Supreme Court der USA, Bd 1, S. 1
1 F. 2d 1	The Federal Reporter, Second Series, Sammlung der Entscheidungen der Berufungsgerichte der USA, Bd 1, S. 1
1 F.Supp. 1	Federal Supplement, Sammlung der Entscheidungen der Distriktgerichte der USA, Bd 1, S. 1
1966 Trade Cases § 71, 780, S.82, 601	Sammlung von US-Gerichtsentscheidungen zum Wettbewerbsrecht im Jahre 1966, Hrsg.: Commerce Clearing House, Fall 71, 780, S. 82, 601

Problemstellung

Ein Kernstück der 4. GWB-Novelle vom 26. April 1980¹ bilden die Marktbeherrschungsvermutungen des neu eingeführten § 23a². Diese Vorschrift geht zurück auf die Regierungserklärung vom 16. Dezember 1976 und ist Resultat der dort angekündigten Bemühungen zur Verbesserung der Fusionskontrolle³.

Reformschwerpunkt sind die von der Monopolkommission angeregt⁴ "Ressourcenvermutungen"⁵ in § 23a I. Sie gelten ausschließlich für die Zusammenschlußkontrolle und dienen der wirksameren Erfassung vertikaler und konglomerater Konzentrationsvorgänge, die durch das Vordringen von Großunternehmen auf mittelständische Märkte (Nr.1a), die Kombination von Unternehmensgröße mit Marktbeherrschung (Nr.1b) oder die Größe des Zusammenschlusses schlechthin (Nr.2) gekennzeichnet sind.⁶ § 23a I ergänzt die Marktanteilsvermutungen in § 22 III, indem er gezielt die 1973 im Wege der Ressourcenbetrachtung eingeführte "überragende Marktstellung" iSd § 22 I 2 quantifiziert.⁷ Erfüllt ein Zusammenschluß die vorwiegend an Unternehmensumsätze in Milliardenhöhe gekoppelten Tatbestandsvoraussetzungen, so wird vermutet, daß durch ihn "eine überragende Marktstellung entstehen oder sich verstärken wird". Die neuen "beweiserleichternden Vermutungstatbestände"⁸, die verbal die Marktbeherrschung als Untersagungskriterium der Fusionskontrolle beibehalten⁹,

-
- 1) verkündet am 30. April 1980, BGBl I, 458 ff; §§ 22-24a gem. Art. 4 I des 4. Änderungsgesetzes zum GWB rückwirkend in Kraft getreten zum 28. Februar 1980
 - 2) §§ ohne Gesetzesangabe sind nachfolgend solche des GWB
 - 3) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Plenarprotokoll 8/5, 31 ff, 35
 - 4) vgl MK I, Tz 951 ff
 - 5) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 li
 - 6) vgl WA-Bericht, aaO, 1; RegB, BT-Dr 8/2136, 12 f
 - 7) vgl RegB, aaO, 19 re
 - 8) RegB, aaO, 13 re
 - 9) vgl Stellungnahme der BReg zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, IIre

sollen die Ressourcen- der Marktanteilsbetrachtung in ihrer rechtlichen Durchschlagskraft gleichstellen und so das Marktmachtprinzip wirkungsvoll ausbauen.¹

Trotz dieses erklärten Bemühens um eine kontinuierliche Wettbewerbspolitik² wurde § 23a I schon im Entwurfsstadium als kaum widerlegliche per se - Regelung mit Verbotscharakter heftig bekämpft.³ Die systemwidrige Preisgabe des Marktmachtkonzepts sahen die Kritiker denn auch weniger in Gesetzestext und -begründung, als vielmehr in einer unterstellt extensiven Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes.⁴ Weil § 23a I die untersagungsbegründende Prognose iSd § 24 I einheitlich zum Vermutungserfolg erhebt und diese Rechtsfolge maßgeblich an unternehmensbezogene Größenkriterien knüpft, wurde befürchtet, § 23a I werde in seiner praktischen Bedeutung über nur beweisrechtliche Funktionen hinaus zu einer materiellen "Neuformulierung des Marktbeherrschungstatbestandes" erwachsen und sich damit der Einführung "absoluter Größenmerkmale" nähern.⁵

Tatsächlich haben vor allem Vertreter des Bundeskartellamtes die neuen Ressourcenvermutungen schon bald nach In-

-
- 1) so im Ergebnis RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re; WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 f; Graf Lambsdorff, WuW 1980, 289; zustimmend Loewenheim, WRP 1978, 848 li; Ebel, DB 1980, 1105 f; Wolf, WuW 1980, 464, 469; kritisch zur Gleichstellung von Ressourcen- und Marktanteilsbetrachtung Kaiser, WuW 1978, 352
 - 2) vgl. Stellungnahme der BReg zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II li
 - 3) so die Kritik von Hinz, MA 1978, 165 f-besonders zu Nr.2; Bechtold, BB 1978, 566; Schütz, DB 1979, 198; Waigel, WuW 1979, 371 f; vgl. auch die gemeinsame Stellungnahme der Handelsverbände zum RegE, WRP 1979, 105; kritisch bereits zu den Vermutungsvorschlägen der Monopolkommission, die fast unverändert in den RegE übernommen wurden, Harms, FIW 81, 73 f
 - 4) vgl. Moosecker, GRUR 1978, 518 li; Schütz, DB 1979, 198 li; ähnlich Hinz, MA 1978, 166 li
 - 5) Schmidt, ZRP 1979, 42 - unter Bezugnahme auf die Stellungnahme des BRates vom 7. Juli 1978, BT-Dr 8/1236, 35; Moosecker, GRUR 1978, 518, qualifizierte § 23a pauschal als "Abkopplungsvariante des Marktbeherrschungsbegriffs"

krafttreten als Regelbeispiele für die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung in Anspruch genommen.¹ Danach genügen die umsatzindizierten Zusammenschlußkonstellationen des § 23a I als "Erfahrungswahrscheinlichkeit" für die Eingriffsvoraussetzungen des § 24 I, ohne daß es weiterer "Wahrscheinlichkeiten" für die Rechtfertigung einer Untersagung bedarf.² Diese Interpretation präkludiert alle - auch marktmachtbezogenen - Widerlegungstatsachen, die nicht einen regelwidrigen Ausnahmefall geltend machen, sondern statt dessen die Regelhaftigkeit der Ressourcenvermutungen im Einzelfall selbst angreifen.³ Als Regelbeispiele träten die einzelnen Tatbestände des § 23a I folglich in vielen Fällen als selbstständige Untersagungsgründe neben die nach § 24 I erforderliche Marktmachtprognose.⁴ Der Versuch, die Ressourcenvermutungen im Wege der Auslegung materiell aufzuwerten, ist auf den Kompromißcharakter des Gesetzes zurückzuführen und gewinnt durch ihn grundsätzliche Bedeutung: Die Verabschiedung des § 23a I steht für einen politischen Minimalkonsens zwischen den unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Ansätzen für eine Verbesserung der Fusionskontrolle, welche im Verlauf der Sachverständigenanhörungen vor dem Wirtschaftsausschuß⁵ bis zuletzt diskutiert wurden⁶. Zur Debatte standen vor allem Forderungen einer über den Regierungsentwurf hinausgehen-

-
- 1) vgl Niederleithinger, FIW 97, 54 ; ähnlich Schultz, WuW 1981, 103 ff; vgl auch Wolf (BMWi), FIW 91, 16 f; ähnlich schon Emmerich, AG 1978, 93, 120
 - 2) so ausdrücklich Wolf, FIW 91, 18
 - 3) dieselbe Einschätzung bei Harms, GK § 23a Rdz 60aE; ders. FIW 98, 18
 - 4) vgl nur den bezeichnend titulierten Aufsatz von Schütz, DB 1979, 197: "Vermutungen statt Prognose"
 - 5) Im Anschluß an die 1. Lesung am 10.11.1978 wurde der RegE dem WA zur federführenden Beratung überwiesen, Beschluß nach der 115. Sitzung des Deutschen BTages, Stenographische Berichte Bd 107, 9009 aE
 - 6) Öffentliche Sitzungen vom 12./14. März 1979, WA-Prot 8// 53/54; nichtöffentliche Sitzung vom 7. November 1979, WA-Prot 8/68

den Verschärfung der Fusionskontrolle. Zu diesem Zweck waren Alternativlösungen entwickelt worden, die sämtlich eine materielle Rechtsänderung vorsahen - sei es durch "Abkopplung" der Untersagungsvoraussetzungen von der in § 22 I vorausgesetzten Einzelmarktbetrachtung¹, sei es durch eine noch marktmachtbezogene Absenkung der Untersagungsschwelle im Wege der sog. "Potentiallösung"². Weil über diese Vorschläge jedoch keine Einigung zu erzielen war, kehrte der Wirtschaftsausschuß auf Grund eines interfraktionellen Kompromisses schließlich zum Inhalt des Regierungsentwurfes zurück³.

Die im Gesetzgebungsverfahren erhobenen Forderungen nach einer über nur "beweiserleichternde Vermutungstatbestände" z.T. weit hinausgehenden materiellen Neuregelung lassen den Streit um die Auslegung der Ressourcenvermutungen als Fortsetzung der wettbewerbspolitischen Grundsatzdiskussion mit anderen Mitteln erscheinen. Anlaß und Gelegenheit dazu bietet die offene Widerlegungsregelung in § 23a I. Je restriktiver der Widerlegungsvorbehalt inhaltlich ausgestaltet wird, desto größeren Einfluß gewinnen die absoluten, umsatzbezogenen Größenkriterien des § 23a I auf die Untersagungsentscheidung nach § 24 I. Die Auslegung der neuen Vorschrift entscheidet deshalb darüber, ob die Fusionskontrolle auch in Zukunft und noch wirksamer den Wettbewerb auf einzelnen Märkten schützen oder ob sie zu einem gegen Unternehmensgröße gerichteten Struktursteuerungsinstrument geraten wird.

Die Problemstellung lautet daher:

Folgt die Widerlegbarkeit des § 23a I ohne Einschränkung dem Marktmachtprinzip, oder scheiden bestimmte, nach § 24 I bisher eingriffshindernde - weil tatbestandsausschließende - Umstände im Rahmen des § 23a I als Widerlegungstatsachen aus? Diese Auslegungsproblematik beinhaltet konkret die Frage nach der normativen Zielsetzung des Gesetzgebers einerseits und der Realitätsnähe der Ressourcenvermutungen andererseits.

1) zu per se - Verbot und Abkopplung ieS vgl S.6 ff

2) vgl dazu S. 14 ff

3) mit geringfügigen Abweichungen bei den Bagatellgrenzen- vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 6 f

Gang der Untersuchung

Die aufgeworfene Problematik verzahnt rechtliche mit wirtschaftspolitischen Fragen und gewinnt ihre volle praktische Tragweite erst aus der entstehungsgeschichtlichen Kontroverse um jene Novellierungspläne, die materiell über das Vermutungskonzept hinausreichten. Der erste Abschnitt stellt deshalb die in der Legislative erfolglosen Alternativen zu § 23a I grundlegend vor, erörtert ihr Verhältnis zum bisher praktizierten Marktmachtkonzept und ermittelt die Gründe, die für ihre Ablehnung maßgebend waren.

Der zweite Abschnitt bereitet die positiv-rechtliche Exegese der Ressourcenvermutungen vor, indem er die Auslegungsmöglichkeiten durch die artspezifische Gegenüberstellung von Beweisregeln einerseits und Regelbeispielen andererseits polarisiert. Der Vergleich zeigt, daß Beweisregeln das Marktmachtprinzip unberührt lassen, Regelbeispiele dagegen eine materielle Rechtsänderung bewirken, soweit sie inhaltlich die Wettbewerbswirklichkeit verfehlen. Im folgenden Abschnitt wird daraufhin der Realitätsbezug der einzelnen Vermutungstatbestände und ihrer tatsächlichen Prämissen untersucht. Zu diesem Zweck werden ergänzend die einschlägigen Erfahrungen der antitrustrechtlichen Entscheidungspraxis in den USA rechtsvergleichend ausgewertet. Die markt- und wettbewerbsbezogene Sachgerechtigkeit der einzelnen Ressourcenvermutungen ist danach im Ergebnis zu verneinen.

Im Anschluß daran folgt die Prüfung, ob die materielle Interpretation des § 23a I als Regelbeispielskatalog unter den ermittelten Voraussetzungen statthaft ist. Aus systematisch-teleologischen Gründen und dem Gebot verfassungskonformer Auslegung gehorchend lautet die Antwort negativ.

Der letzte Abschnitt schließlich erläutert die nur beweisregelnde Funktion des § 23a I in ihren rechtlichen und praktischen Konsequenzen und bemüht sich um eine nach Fallgruppen konkretisierte Darstellung der für die Widerlegung der Ressourcenvermutungen geltenden Grundsätze.

Erster Abschnitt: Die reformpolitischen Alternativen zu § 23a I und ihre Ablehnung durch die Legislative in marktmachtorientierter Würdigung

Erstes Kapitel: Abkopplungsvorschläge

Schon wenige Jahre nach Einführung der Fusionskontrolle durch die 2. GWB-Novelle im Jahre 1973 erhoben sich Forderungen nach einer Verschärfung des geltenden Rechts, die sich durch Lösung der Untersagungs Voraussetzungen von der strengen Bindung an den Marktbeherrschungsbegriff vollziehen sollte. Begründet wurde das Novellierungsbedürfnis vornehmlich mit dem ansteigenden Konzentrationsniveau im Bereich von Großunternehmen sowie der daraus abgeleiteten Sorge um den Erhalt wettbewerbswirksamer und zugleich mittelstandsfreundlicher Wirtschaftsstrukturen.

Über den richtigen wettbewerbspolitischen Ansatz und rechtstechnischen Weg zur Effektuierung des Wettbewerbsschutzes gingen die Auffassungen jedoch auseinander. Während in der kartellrechtlichen Literatur vereinzelt die Einführung absoluter Verbots Grenzen für Großzusammenschlüsse gefordert wurde¹, wollte das Bundeskartellamt die Untersagungs Voraussetzungen in § 24 I durch eine "konsequent wettbewerbsbezogene, aber nicht nur auf den Einzelmarkt abstellende Betrachtungsweise"² ersetzt wissen. Nur dieser Vorschlag wurde im Gesetzgebungsverfahren unter dem Stichwort "Abkopplung" ernsthaft und ausführlich diskutiert.³

- 1) vgl. Emmerich, Wettbewerbsrecht, 178 f; dieselbe Vorstellung ansatzweise schon bei Kartte, FIW 49, 77 aE; vgl. idS auch Hoppmann, Fusionskontrolle, 81 ff; Emmerich - Kartellrecht, 247 - sieht seine Forderung in § 23a I bereits teilweise verwirklicht und wertet insbesondere § 23a I 2 "in Wirklichkeit" als "absolutes Fusionsverbot für Großunternehmen" - aaO, 258.
- 2) TB 1976, BT-Dr 8/704, 20f
- 3) Zur Abkopplungsdiskussion in der Literatur vgl. Ramrath, FIW 84, 124 ff; Kartte, WuW 1978, 144 f; Raisch, Bedenken, 237 ff

I. "Abkopplung"

1. Der Vorschlag des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt sah in dem bisher praktizierten Konzept der auf den Einzelmarkt bezogenen Machtfeststellung für fusionswillige Unternehmen prinzipielle Effektivitätsnachteile, die folglich mit den von der Monopolkommission vorgeschlagenen Marktbeherrschungsvermutungen allein nicht behoben werden könnten.

Es suchte deshalb nach einer rechtlichen Möglichkeit, den Kontrollschwerpunkt von der Beherrschung einzelner Märkte marktübergreifend auf die Wettbewerbsstruktur zu verlagern.¹ Unter anderem wurde erwogen, den Marktbeherrschungsbegriff selbst von der Einzelmarktbetrachtung zu lösen, etwa durch Streichung der Worte "einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen" in § 22 I. Weil aber die Definition einer "Marktbeherrschung" ohne Marktbezug kaum praktikabel erschien, votierte das Bundeskartellamt schließlich für die "Abkopplung" der Eingriffsvoraussetzungen in § 24 I von dem - für das übrige GWB weiter verbindlichen - Marktmachtbegriff des § 22 I. Die Untersagung eines Zusammenschlusses sollte danach erfolgen können, wenn durch ihn die "Wettbewerbsbedingungen für aktuelle und potentielle Wettbewerber wesentlich beeinträchtigt werden"².

Um der Kritik an der Verwendung des bis dato ganz unbestimmten Begriffs "Wettbewerbsbedingungen"³ zu begegnen, schlug das Bundeskartellamt vor, die Erwartung der Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht iSd § 24 I als Regelbeispiel für "eine wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen" zu normieren. Die angestrebte Neufassung des Untersagungstatbestandes sah darüber hinaus vor, die neuen Eingriffsvoraussetzungen für Großfusionen und das Eindringen von Doppel - Umsatzmilliardären in mittelständische Märkte

1) Zum Inhalt der diesbezüglich diskutierten Vorschläge vgl. Harms, GK § 23a Rdz 22

2) TB 1976, BT-Dr 8/704, 20

3) vgl. die Stellungnahme der BReg zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II li; ähnlich Junge, DIHT, WA-Prot 8/53, 71

zu vermuten.¹

Das Bundeskartellamt hoffte, mit der "Abkopplung" eine allgemein vollständigere "Erfassung wettbewerbsbeschränkender wirtschaftlicher Macht"² gewährleisten und insbesondere dem Konzentrationsprozeß in Form von Serienaufkäufen mittelständischer Unternehmen durch große Konzerne Einhalt gebieten zu können.³

2. Der Vorschlag KANTZENBACH/MITTELSTEN-SCHIED

Obwohl die Bundesregierung der "Abkopplung" durch Vorlage des § 23a I eine eindeutige Absage erteilt hatte und entgegen dem Mehrheitsvotum der Monopolkommission⁴, verfolgten zwei ihrer Mitglieder den Vorschlag des Bundeskartellamtes weiter und gaben einer spezifizierten Abkopplungslösung den Vorzug vor dem Regierungsentwurf⁵.

KANTZENBACH schlug vor, die Erwartung, "daß durch einen Zusammenschluß eine wesentliche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen eintritt", als Eingriffskriterium zu wählen. Eine wesentliche Verschlechterung sollte "insbesondere" vorliegen bei Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Diese sollte nach den in § 23a I des Regierungsentwurfs aufgestellten Kriterien vermutet werden.⁶

Für das von § 22 I gelöste, durch die Vermutungen des Regierungsentwurfs zu konkretisierende Untersagungskriterium führte KANTZENBACH im wesentlichen wettbewerbspolitische und regelungssystematische Argumente an⁷: Zum einen erfolge

1) vgl. den in MK II, Tz 474, referierten Formulierungsvorschlag aus dem BKartA

2) TB 1976, BT-Dr 8/704, 20

3) vgl. TB 1976, aaO, 20 ff; TB 1977, BT-Dr 8/1925, 18 f

4) in MK II, Tz 463, 480, stimmte sie dem RegE zu

5) Minderheitsvotum Kantzenbach und Mittelsten-Scheid, MK II, Tz 481 ff, 494

6) MK II, Tz 99, 493; zustimmend Mittelsten-Scheid, Tz 100, 494

7) zu weiteren Argumenten vgl. MK II, Tz 98, 481, 488, 490

die als notwendig erkannte Abkehr von der Einzelmarktbeurteilung¹ konsequenter². Die hohen Beweisanforderungen des Kammergerichts im Fall Sachs/GKN hätten zusätzlich das Ver-sagen der Einzelmarktbeurteilung, damit auch die Unzulänglich-
lichkeit der auf ihr basierenden Vermutungen offenbart.³

Soweit die Fusionskontrolle der zwar wettbewerbsbezogenen, aber marktübergreifenden Ressourcentheorie auf der Basis des Marktmachtkonzepts nicht hinreichend Rechnung tragen könne, sei eine Neuformulierung der Eingriffsvoraussetzungen wettbewerbspolitisch geboten.⁴

Dies sei auch systemgerechter als eine immer weitere, über die Wortbedeutung eindeutig hinausgehende Interpretation des Marktbeherrschungsbegriffs. Die Novelle basiere auf der Erkenntnis, daß § 22 I für die Fusionskontrolle zu eng sei, dh § 24 I schon vor der Schwelle der Marktbeherrschung eingreifen müsse. Könne aber bei den Vermutungskriterien "von Marktbeherrschung im wörtlichen Sinn wohl kaum die Rede sein"⁵, dann verschleierte ein nur noch verbal gemeinsamer Bezug zur Marktbeherrschung den tatsächlichen Ausgangspunkt der Novelle.⁶

3. Die Position der Bundesregierung

Die Bundesregierung hatte den Abkopplungsvorschlag aus dem Bundeskartellamt schon während der Vorarbeiten zum Entwurf der 4. GWB-Novelle verworfen, weil sie auf die Kalkulierbarkeit der Fusionskontrolle großes Gewicht legte. Sie sah

-
- 1) Auch die Vermutungsvorschläge der Monopolkommission beruhten auf dieser grundsätzlichen Einsicht. Die Kommis-sionsmehrheit glaubte jedoch, den besonderen, vornehm-lich auf Finanzkraft beruhenden Verhaltensspielräumen von Großunternehmen durch eine Kombination von markt- und unternehmensbezogenen Kriterien ausreichend Rech-nung tragen zu können. - vgl MK I, Tz 951 f
 - 2) MK II, Tz 98, 481
 - 3) MK II, Tz 483
 - 4) MK II, Tz 484
 - 5) MK II, Tz 487
 - 6) MK II, Tz 487; gegen eine Ausdehnung des Marktbeherr-schungsbegriffs spricht nach Ansicht Kantzenbachs auch eine eventuelle zukünftige Entflechtungsregelung, weil diese einen engen Marktbeherrschungsbegriff erfordere
- vgl WA-Prot 8/53, 57 aE

die Rechtssicherheit durch den unbestimmten Begriff der "Wettbewerbsbedingungen" erheblich gefährdet.¹ Auch fürchtete sie die ordnungspolitischen und verfassungsrechtlichen Risiken, "die in einer zu weitgehenden Ausdehnung des kartellbehördlichen Beurteilungsspielraums liegen"². Ein weiterer, nicht minder ausschlaggebender Grund für die Absage an die "Abkopplung" war das Bemühen um eine "Kontinuität der Wettbewerbspolitik"³. Die mit dem Vorschlag des Bundeskartellamtes verbundene Absenkung der Untersagungsschwelle wurde folglich nicht zuletzt auch deshalb abgelehnt, "weil damit der Machtbezug der Fusionskontrolle und so auch ihre bisherige ordnungs- und gesellschaftspolitische Legitimationsbasis beeinträchtigt wird"⁴.

Zu dem von Kantzenbach unternommenen Versuch, die "Abkopplung" mit vertiefenden Argumenten zu rechtfertigen und mit den Ressourcenvermutungen des Regierungsentwurfs konkretisierungshalber zu kombinieren, bezog die Bundesregierung später allerdings nicht mehr ausdrücklich Stellung. Angesichts der in der Sachverständigenanhörung vom 12. März 1979 von den Verbandsvertretern der Wirtschaft erneut aufgeworfenen⁵, engagiert ausgetragenen Diskussion um die Vor- und Nachteile von Einzelmarktbezug und "Abkopplung"⁶ handelt es sich jedoch um ein 'beredtes Schweigen'. Durch die Beibehaltung des Vermutungskonzepts bekräftigte die Bundesregierung ihre Absage an die "Abkopplung" und schloß sich damit stillschweigend den im Anhörungsverfahren zugunsten einer marktmachtbezogenen Fusionskontrolle vorgebrachten Argumenten an.

1) Dagegen verteidigte sich das BKartA mit dem Hinweis, beim Gegenbeweis nach § 24 I 2. Halbsatz würden die "Wettbewerbsbedingungen" bereits unbeanstandet verwendet - referiert von Harms, GK § 23a Rdz 22

2) Stellungnahme zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II li

3) Stellungnahme zum TB 1977, aaO, II li

4) Stellungnahme zum TB 1977, aaO, II re (Hervorhebungen von Verf.)

5) vgl. Schneider-Zugowski, DGB, WA-Prot 8/53, 79, mit der Bitte, die "Abkopplung" noch einmal "mit in die Überlegungen hineinzunehmen"

6) WA-Prot 8/53, 70 ff

Es handelte sich dabei im wesentlichen um die gleichen Überlegungen, die für die ablehnende Haltung der Bundesregierung von Anfang an maßgebend gewesen waren¹. Die Argumentation der Gegenseite, die steigende Konzentration der deutschen Wirtschaft begründe einen Trend zur Demonstrierung der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs² und müsse deshalb im Interesse wettbewerbsschützender Strukturhaltung schon vor der Eingriffsschwelle der Marktbeherrschung gestoppt werden³, konnte sich dagegen nicht durchsetzen.

-
- 1) vgl. S. 10; Junge, DIHT, WA-Prot 8/53, 71, unterstrich besonders die mangelnde Rechtsstaatlichkeit der Abkopplung, die er auf den großen Beurteilungsspielraum des BKartA und die - daraus resultierend - geringen gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten zurückführte.
 - 2) Birkhan, DAG, ebd., 81
 - 3) Schneider-Zugowski, DGB, ebd., 79; ähnlich Birkhan, DAG, aaO, der dieses Ziel umschrieb mit "Ausbau des präventiven Charakters" der Fusionskontrolle; vgl. in diesem Zusammenhang die interessante, in der Diskussion jedoch nicht erörterte Überlegung von Schmidt, AGV, ebd., 92, der zur Begründung des erhöhten Präventionsinteresses auch fusionsunabhängige Konzentrationsfaktoren in den Schutzzweck des § 24 I einbezieht: Lasse man "bis kurz vor die Grenze der Marktbeherrschung eine Fusion durchgehen", so habe das zur Folge, daß "die geringste Änderung - sei es durch ein überproportionales internes Wachstum oder indem ein Unternehmen die Produktion für ein bestimmtes Gut aufgibt und sich damit der Konzentrationsgrad erhöht - ... dann ein Umschlagen in die Situation des § 22 mit der Notwendigkeit der staatlichen Intervention" (Entflechtung) bewirke. Die ordnungspolitische Forderung, die Schmidt aus dieser Überlegung ableitet, lautet, "daß die Fusionskontrolle so früh einsetzen muß, daß das Entstehen beherrschender Positionen im Sinne des § 22 mit der Möglichkeit und Notwendigkeit der staatlichen Intervention soweit wie möglich vermieden wird". Soweit Schmidt sein Ziel unter Berücksichtigung auch fusionsrechtlich nicht relevanter, selbständiger Konzentrationsfaktoren erreichen will, geht sein Vorschlag über die eigentliche Idee der Abkopplung noch weit hinaus - setzt diese doch auch die Kausalität der Fusion für die Wettbewerbsverschlechterung ("durch Zusammenschluß") voraus. Diese Systemüberschreitung mag der Grund dafür sein, daß im Anhörungsverfahren niemand inhaltlich auf diesen Vorschlag einging.

Neben den bekannten rechtsstaatlichen Bedenken wurde gegen diese Konzeption - letztlich unwidersprochen - vorgebracht, Konzentration bewirke nicht per se eine Abnahme der Wettbewerbsintensität¹, Eingriffsmittel seien folglich nur "gegen einen Teil der Konzentration ... notwendig"². Ein Vertreter der Kreditwirtschaft schließlich kennzeichnete einen weiteren, allgemeinen Nachteil des KANTZENBACH'schen Vorschlages: Die zu erwartende Konkretisierung der "wesentlichen Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen" durch Vermutungen³ hätte zur Folge haben müssen, daß sich in vielen Fällen die mit Vermutungskonzept und unbestimmtem Rechtsbegriff verbundenen rechtlichen Streitfragen addiert hätten⁴. Unter einer derartigen Kumulation von Rechtsanwendungsproblemen hätte vor allem die vom Gesetzgeber angestrebte Rechtssicherheit der Fusionskontrolle stark gelitten.

Wohl nicht zuletzt unter dem Eindruck der Sachs/GKN - Entscheidung des Bundesgerichtshofes hielt der Gesetzgeber deshalb auf Grund der geschilderten Argumente daran fest⁵, daß die Marktbeherrschung der fusionierenden Unternehmen auch zukünftig "zentraler Ansatzpunkt" für die Kontrollpraxis bleiben soll⁶.

-
- 1) selbst Kantzenbach gesteht insoweit ausdrücklich zu, daß Konzentration und Dekonzentration sich kompensieren können - WA-Prot 8/53, 104; er hält jedoch generell die Vermutung für statthaft, daß bei steigender Konzentration die Wettbewerbsintensität abnimmt - aaO, 105
 - 2) Benisch, BDI, WA-Prot 8/53, 102; idS auch schon die Stellungnahme der BReg zum TB 1976, BT-Dr 8/704, I re: "Der Wettbewerbspolitik stellt sich...die Aufgabe... (der) Verhinderung w e t t b e w e r b s s c h ä d l i c h e r Unternehmenskonzentration..." (Hervorhebung von Verf.)
 - 3) vgl S. 8 mN; zustimmend Schmidt, AGV, WA-Prot 8/53, 92
 - 4) Werner, BDB, WA-Prot 8/53, 100
 - 5) vgl den Bezug zu Sachs/GKN im WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 f
 - 6) so bereits die Stellungnahme der BReg zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II re

II. Per se - Verbot

Wegen der bestätigten Bindung der Fusionskontrolle an den Marktbeherrschungsbegriff konnten auch Vorschläge, besonders große Zusammenschlüsse einem per se - Verbot zu unterstellen¹, keine Zustimmung finden.

Die Monopolkommission hatte zwar für Zusammenschlüsse von Unternehmen mit insgesamt 10 Mrd. DM Umsatz zunächst ein generelles Fusionsverbot erwogen, diese Verschärfung dann aber selbst als wettbewerbspolitisch zu weitreichend abgelehnt.² Motiv dafür war unter anderem die Befürchtung, große US- und EG-Unternehmen könnten vom deutschen Markt ferngehalten werden. Darüber hinaus verwarf die Monopolkommission ein per se - Verbot auch deshalb, weil sie dem Bundeskartellamt die Einzelbeurteilung von Großfusionen belassen wollte, um nicht den Wirtschaftsminister einer Flut von Erlaubnisansträgen auszusetzen.³ Die Bundesregierung stimmte diesen Erwägungen ausdrücklich zu.⁴

III. Zusammenfassung

"Abkopplung" und per se - Verbot erfordern rechtlich die Aufgabe des Markt- und Machtbezugs der Fusionskontrolle, wie er in dem Verweis auf den Marktbeherrschungsbegriff des § 22 I in § 24 I Ausdruck gefunden hat. Das auf absolute Größenkriterien gestützte per se - Verbot verzichtet zusätzlich auf jeden irgendwie gearteten Wettbewerbsbezug. Dies zu verhindern und insbesondere das Marktmachtkonzept als Rechtsgrundlage und ordnungspolitische Legitimation der Fusionskontrolle beizubehalten, war Ziel des Gesetzgebers und folglich ausschlaggebend für seine Absage an alle Abkopplungsvorschläge.

1) vgl die Nachweise auf S. 6, Fn 1; Säcker, WA-Prot 8/53, 59, favorisiert ebenfalls konkrete Verbotstatbestände, hielt aber eine allein an Größe anknüpfende Regelung für nicht von Art. 74 Nr.16 GG gedeckt und verlangt deshalb eine Abwägungsvorschrift, die den Marktbezug herstellt - aaO, 39; ähnlich Ulmer, ebd, 50, 65 aE

2) MK I, Tz 953 ff, 956

3) MK I, Tz 953 f

4) Stellungnahme in BT-Dr 8/702, 12 (Tz 53)

Zweites Kapitel: Potentiallösung

I. "Große" und "kleine" Potentiallösung

Der letzte im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Alternativvorschlag sollte Wünschen nach Absenkung der Untersagungsschwelle Rechnung tragen, ohne die Marktbeherrschung als Bezugsrahmen der Fusionskontrolle aufzugeben.¹ Die vom Bundesminister für Wirtschaft zu diesem Zweck vorgeschlagene Potentiallösung machte die Untersagung nach einem neuen § 24 I davon abhängig, ob "Unternehmen durch einen Zusammenschluß in die Lage versetzt (werden), eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen oder zu verstärken".²

Warnungen vor Auslegungsschwierigkeiten und möglicherweise unangemessen weitreichenden Belastungen³ - insbesondere einer über Rechtsunsicherheit erzeugten restriktiven Vorfeldwirkung⁴ - führten in der Sachverständigenanhörung vom 7. November 1979 zu einem abgemilderten Kompromißvorschlag. Die sogenannte "kleine Potentiallösung"⁵ sah vor, nicht mehr § 24 I generell zu verschärfen, sondern statt dessen das neue Eingriffskriterium nur im Rahmen des § 23a I 1a zu formulieren und sich so auf die in dieser Vorschrift umschriebenen Sachverhalte zu beschränken.⁶ Für alle anderen Fälle sollte es beim geltenden System, der Markt-machtprognose nach dem unveränderten § 24 I bleiben.⁷

1) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 23

2) WA-Prot 8/68, 1. Anlage, 5; ausführlich dazu Immenga, Eingriffsschwelle, 139 ff; Wolf, FIW 91, 18 f

3) vgl die Diskussion vom 7. November 1979, WA-Prot 8/68, 111 - 145; nur Kantzenbach, ebd, 113 f, und Raisch, ebd, 120 f, stimmten der Potentiallösung zu

4) Säcker, ebd, 118

5) Säcker, ebd, 144

6) vgl den Formulierungsvorschlag von Säcker, ebd, 130 aE

7) vgl Ulmer, ebd, 135

II. Diskussion und Ablehnung der Potentiallösung im Wirtschaftsausschuß

Im Wirtschaftsausschuß fand weder die allgemeine noch die auf den Anwendungsbereich des § 23a I 1a beschränkte Potentiallösung eine Mehrheit. Zur Begründung seiner das Vermutungskonzept favorisierenden Beschlußempfehlung führt der Wirtschaftsausschuß nur an, er habe die Ressourcenvermutungen für "hinreichend" gehalten, die für die Fusionskontrolle relevanten Wettbewerbsrisiken zu unterstreichen, und "daher einvernehmlich davon abgesehen, die Fusionskontrolle über den Regierungsentwurf hinaus zu verschärfen".¹

Diese Aussage läßt vermuten, daß die Ausschußmitglieder der Potentiallösung materiell weitreichendere Rechtswirkungen zugeschrieben haben als dem Vermutungskonzept. Allerdings sagt der Ausschußbericht nicht, worauf sich diese Einschätzung im einzelnen gründen könnte.

Auf den ersten Blick erscheint sie auch nicht einleuchtend, denn die Potentiallösung hatte - anders als die im ersten Kapitel erörterten Vorschläge - nicht etwa die Abkopplung vom Marktmachtkonzept, sondern nur "eine Verdeutlichung des im geltenden Recht (§ 24 Abs.1 in Verbindung mit § 22 Abs.1 Nr.2 GWB) bereits angelegten, für die Fusionskontrolle entscheidenden Gedankens der Gefahrenabwehr zum Ziel"². In der Sache weitgehend identisch lauten aber auch Begründung und Rechtfertigung zu § 23a I, der die mit § 22 I 2 eingeführte Ressourcenbetrachtung und ihre Anerkennung als der Marktanteilsbetrachtung gleichwertiges Beurteilungskonzept "hervorzuheben" und damit nur praktisch zu vollziehen hat³.

Potentiallösung und Ressourcenvermutungen zielen im Ergebnis folglich übereinstimmend darauf ab, die in den §§ 24 I und 22 I 2 enthaltene Eingriffsermächtigung materiell ex-

1) BT-Dr 8/3690, 23

2) vgl WA-Bericht, aaO, 23 li (Hervorhebung von Verf.); vgl auch Wolf, FIW 91, 18

3) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

tensiv auszuschöpfen¹ und die Fusionskontrolle so durch systemkonformen Ausbau des Marktmachtkonzepts zu effektuieren.² WOLF sieht in der Potentiallösung letztlich sogar nur "eine Unterstreichung ... des durch die Vermutungen des § 23a I bereits deutlich herausgestellten Ressourcengedankens".³

In Anbetracht so weitgehender Zielüberschneidungen von § 23a I und Potentiallösung ist die Qualifikation des Vermutungskonzeptes als "hinreichend"⁴ mehrdeutig. Offen bleibt nämlich, ob damit ein materiell-rechtliches Gefälle zwischen beiden Reformkonzeptionen angesprochen und die Verhältnismäßigkeitsentscheidung auf den mildereren Eingriff - § 23a I - fallen sollte oder ob der Wirtschaftsausschuß die Potentiallösung im Verhältnis zu § 23a I als nur deklaratorisch verschärfte Formulierung desselben Grundgedankens einstufte und diesen Schritt wegen hinreichender Deutlichkeit der Ressourcenvermutungen für überflüssig hielt.

Die Frage nach der tatsächlich ausschlaggebenden Ursache für die Ablehnung der Potentiallösung läßt sich deshalb nur durch einen wertenden Rückgriff auf den Meinungsbildungsprozeß im Wirtschaftsausschuß beantworten. Die in dieser Sache gehörten Sachverständigen⁵ erörterten die Potentiallösung in ihren möglichen Konsequenzen und legten dabei besonderes Gewicht auf ihr Verhältnis zum bisher geltenden Rechtszustand einerseits sowie zum Vermutungskonzept der Bundesregierung andererseits. Die Ergebnisse dieser Analyse, in Verbindung mit dem Endstand der Diskussion Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers, erschließen die tragenden Gründe für die Bevorzugung des § 23a I.

-
- 1) Kantzenbach, WA-Prot 8/68, 113, wies zB in der Sachverständigenanhörung vom 7.11.1979 darauf hin, daß die Auslegung des § 24 I im Sachs/GKN - Beschluß des BKartA in der Sache auf die Potentiallösung hinausläuft; vgl auch MdB Helmrich (CDU/CSU), ebd, 111
 - 2) vgl Immenga, Eingriffsschwelle, 373
 - 3) FIW 91, 19 - besonders im Hinblick auf § 23a I 1a; ähnlich schon Kantzenbach, WA-Prot 8/68, 113
 - 4) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 23 11
 - 5) vgl die Auflistung im WA-Bericht, aaO, 22 re unter 2.

1. Potentiallösung und bisher geltendes Recht

Grundlage der Diskussion über Vor- und Nachteile der Potentiallösung war die fast einhellige Erkenntnis, daß der Ersatz der Marktmachtprognose in § 24 I - "ist zu erwarten" - durch die Formulierung "werden Unternehmen...in die Lage versetzt" die Eingriffsschwelle der Fusionskontrolle herabsetzen würde.¹

Nur MESTMÄCKER², der die durch die Potentiallösung aufgeworfenen Fragestellungen nach verschiedenen Arten von Zusammenschlüssen differenzierte, wies darauf hin, daß das Eindringen integrierter Großunternehmen in mittelständische Märkte mit Tendenz zu Folgefusionen durch den alten § 24 I möglicherweise effektiver zu erfassen sei als durch die angestrebte Neufassung. Da nämlich das Tatbestandsmerkmal "in die Lage versetzt" nur die Handlungsmöglichkeiten der fusionierenden Unternehmen zum Gegenstand habe, erfasse es den durch die Marktstruktur bedingten "Ansteckungseffekt der Integration" nicht.³ Im Rahmen der nur ergebnisorientierten Marktmachtprognose des geltenden § 24 I dagegen seien auch solche Wettbewerbsgefährdungen untersagungsfähig, die durch den Eindruck der übrigen Wettbewerber ausgelöst würden, sie seien ohne Anlehnung an ein anderes Großunternehmen nicht mehr wettbewerbsfähig.

Diese besondere Ambivalenz blieb jedoch in der Sachverständigendiskussion - soweit protokolliert - fast unberücksichtigt.

Vorrangig erörtert wurden die materiellen Verschärfungen, welche die Fusionskontrolle bei Einführung der Potentiallösung erfahren würde.

Im Mittelpunkt des Interesses stand die Feststellung, daß die Potentiallösung gerade jene Prognoseanforderungen erübrigt hätte, welche der Bundesgerichtshof unter dem Gesichtspunkt der Marktnähe im Sachs/GKN - Beschluß aufge-

1) vgl. Mestmäcker, WA-Prot 8/68, 115; Säcker, ebd, 119; Harms, ebd, 122 f; Ulmer, ebd, 125

2) WA-Prot 8/68, 116 f

3) WA-Prot 8/68, 117; zweifelnd Raisch, ebd, 121; für die "kleine", an § 23a I gekoppelte Potentiallösung aa Ulmer, ebd, 127

stellt hatte.¹ Dieser Fall betraf die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Ressourcenzuwachs und bot dem Bundesgerichtshof erstmals Gelegenheit, über die nach § 24 I erforderliche Prognosegenauigkeit für die Beurteilung marktübergreifender Zusammenschlüsse allgemeine Aussagen zu treffen.²

Danach sind rein abstrakte Wettbewerbsgefährdungen auch dann nicht untersagungsfähig, wenn sie durch einen Zusammenschluß - etwa "mit einem besonders finanzstarken und weit diversifizierten Unternehmen"³ - bedingt sind. Vielmehr verlangt die in § 24 I vorausgesetzte "Erwartung", daß jeweils im Einzelfall mit der Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung konkret zu rechnen, "ihr Eintritt also wahrscheinlich ist".⁴ Im Rahmen dieser Plausibilitätskontrolle legte der Bundesgerichtshof auf die Marktnähe des erwerbenden Großunternehmens besonderes Gewicht.⁵ Daneben wollte er aber auch das für die jeweilige Marktstruktur typische Wettbewerbsverhalten "unter Berücksichtigung vernünftiger Erwägungen und Motivationen der Marktbeteiligten" berücksichtigt wissen.⁶

Von dieser Auslegung des § 24 I wich die Potentiallösung ab. KANTZENBACH erachtete es z.B. ausdrücklich als Vorteil, daß die bei Neufassung des Untersagungstatbestandes allein notwendige "Abschätzung der Ressourcen ... sehr viel weniger spekulativ" sei als eine Prognose, die sich - wie im Fall Sachs/GKN - auch auf das Verhalten der Unternehmen erstrecke.⁷

Welche Konsequenzen aus der isolierten Ressourcenbetrachtung für die Praxis der Fusionskontrolle in Bezug auf das

1) vgl. Mestmäcker, WA-Prot 8/68, 115; Ulmer, ebd., 125

2) ausführlich zum Sachs/GKN-Beschluß des BGH vgl. S. 117 ff

3) WuW/E BGH, 1507

4) WuW/E BGH, 1507

5) WuW/E BGH, 1511

6) WuW/E BGH, 1510

7) WA-Prot 8/68, 122; im Ergebnis ebenso MdB Haussmann (FDP), ebd., 128

Marktmachtkonzept hätten folgen müssen, erläuterte MEST-MÄCKER am Beispiel von konglomeraten Großzusammenschlüssen: Da das Kriterium "in die Lage versetzt" eine ausreichende Zurechnung der zusammenschlußbedingt erweiterten Handlungsmöglichkeiten der Fusionspartner zu bestimmten Märkten nicht gestattete, wäre die "Streubreite" des neuen § 24 I in vielen Fällen "sehr groß"¹ und damit sein Einzelmarktbezug gelockert worden.

Grundsätzliche Kritik an einer nur an das ressourcenbedingte Machtpotential gebundenen Fusionskontrolle übte auch HARMS. Neben der zukünftigen Unbeachtlichkeit subjektiver Elemente - z.B. der Reaktionen von Mitbewerbern - sah er die entscheidende Neuerung in dem Wandel vom konkreten zum nur noch abstrakten Marktmachtbezug²: Ein Zusammenschluß hätte allein auf Grund der abstrakt als gefährlich gewerteten Ressourcenkumulation untersagt werden können. Dies wäre selbst dann möglich gewesen, wenn die Erwartung, das betreffende Unternehmen werde durch den Zusammenschluß Marktherrschaft erlangen oder verstärken, aus tatsächlichen Gründen hätte ausscheiden müssen. Weder die positive Kenntnis von konkreten gegenteiligen Prognosedaten noch und erst recht nicht Fälle von Beweisnot hinsichtlich zukünftiger Wettbewerbsschädigungen hätten bei konsequenter Anwendung der Potentiallösung daran etwas ändern können.³ Diese Umwandlung des § 24 I in eine "großzügige Generalklausel"⁴ hätte Behörden und Gerichten einen unberechenbar weiten Auslegungsspielraum eröffnet und - so die Befürchtung von HARMS⁵ - in der Praxis möglicherweise zu einem per se - Verbot für konglomerate Fusionen führen können, "das weit in den Bereich der mittelgroßen Unternehmen hineinreicht".

1) WA-Prot 8/68, 116

2) WA-Prot 8/68, 122 f; ebenso Ulmer, ebd, 125; Säcker, ebd, 119; eine nur an abstrakten Kriterien ausgerichtete Fusionskontrolle beinhaltet für Baur, Markt, 301, bereits eine *A b k e h r* vom Marktkonzept

3) vgl dazu auch ausführlich Mestmäcker, WA-Prot 8/68, 116 f

4) Ulmer, WA-Prot 8/68, 125

5) WA-Prot 8/68, 123 aE

SÄCKER beanstandete darüber hinaus, daß bis zu einer höchst-richterlichen tatbestandlichen Typologisierung der Potentiallösung "erneut eine erhebliche Rechtsunsicherheit über die Bandbreite der Fusionskontrolle" geschaffen und diese damit auf mittlere Sicht eine restriktive Vorfeldwirkung erzeugen würde, "die sie eigentlich nicht haben sollte".¹ Diesen Bedenken folgend äußerte ULMER zusammenfassend die Besorgnis, daß die abstrakte Formel "in die Lage versetzt" in ihrer praktischen Auswirkung "weit über das hinausreicht, was verständlicherweise damit gewollt ist".²

In Anbetracht der Rechtsunsicherheit erzeugenden Auslegungsprobleme und im Interesse an einer Beschränkung der Fusionskontrolle auf die iS konkreter Gefahrenabwehr wettbewerbspolitisch regelungsbedürftigen Zusammenschlußfälle³ setzte sich unter den Sachverständigen schließlich die Auffassung durch, daß von einer Verschärfung des geltenden Rechts⁴ im Wege der Potentiallösung Abstand zu nehmen sei. Die Umwandlung des § 24 I von einem konkreten in einen abstrakten Gefährdungstatbestand wurde als materiell zu weitreichend⁵ abgelehnt.⁶

1) WA-Prot 8/68, 118

2) WA-Prot 8/68, 127

3) vgl Säcker, WA-Prot 8/68, 129

4) Nach Ansicht von Raisch, WA-Prot 8/68, 120 f, hätte die Potentiallösung nicht das geltende Recht, sondern nur die aktuelle Rechtspraxis verschärft: Zugegebenermaßen spekulativ stellte er in Aussicht, der Bundesgerichtshof werde möglicherweise auf dem im Fall Sachs/GKN eingeschlagenen Weg weitergehen und so auch ohne Gesetzesänderung "in einigen Jahren eine ähnliche Lage eintreten wie im Falle der Entscheidung zugunsten der "Potential"-Lösung". (aaO, 120 aE). Mestmäcker, WA-Prot 8/68, 118, wollte zumindest nicht ausschließen, daß auch nach dem Sachs/GKN-Beschluß "bei einem anderen Sachverhalt... noch eine etwas weitergehende Auslegung möglich wäre" (aA Ulmer, WA-Prot 8/68, 125). - Diese Meinungsverschiedenheit im Detail blieb jedoch für den Endstand der Diskussion unbeachtlich, da im Ergebnis gerade auch gegen die globale Ausweitung der bisherigen Rechtspraxis Stellung bezogen wurde.

5) Nur I.Schmidt, WA-Prot 8/68, 128, wollte "lieber warten, bis die Zeit für eine Abkoppelung politisch reif ist".

6) Die "kleine" Potentiallösung wurde überwiegend in ihrem Verhältnis zum Vermutungskonzept diskutiert - vgl S. 21ff

2. Potentiallösung und Vermutungskonzept

Der Absage an eine allgemeine Verschärfung des § 24 I folgte die Erörterung der "kleinen" Potentiallösung. Diese beinhaltete die gleichen Rechtsverschärfungen wie der ursprüngliche Formulierungsvorschlag, jedoch beschränkt auf die ressourcenorientierten Tatbestände des § 23a I 1a in der Fassung des Regierungsentwurfs.¹ ULMER warf deshalb noch einmal die grundsätzliche Frage auf, ob die durch § 23a I umschriebenen Zusammenschlußkonstellationen - insbesondere Großfusionen und das Eindringen von Großunternehmen in mittelständische Märkte - ein Novellierungsbedürfnis der Fusionskontrolle aus wettbewerbspolitischer Sicht überhaupt begründeten.² Nachdem für die in Rede stehenden Fallgruppen nahezu einhellig "eine Verschärfung oder effektivere Wahrnehmung der Fusionskontrolle" befürwortet worden war³, wogen die Sachverständigen Potentiallösung und Vermutungskonzept in ihren rechtlichen Konsequenzen gegeneinander ab.

Dabei stellten sie fest, daß die Potentiallösung zwischen Ressourcenvermutungen und Abkopplungsvorschlägen stand.⁴

Einerseits war der "unter Festhalten am Machtbezug" erstrebte Ausbau des Potentialgedankens⁵ "ein Weniger gegenüber dem", was ein halbes Jahr zuvor in der Abkopplungsdiskussion vorgeschlagen worden war⁶. Andererseits hätte die "kleine" Potentiallösung das nur "beweiserleichternde" Vermutungskonzept des Regierungsentwurfs⁷ im Sinne einer "materiell-rechtlichen Fassung des § 23a"⁸ überschritten.

1) vgl dazu schon S.14

2) WA-Prot 8/68, 126

3) so zusammenfassend Säcker, WA-Prot 8/68, 129

4) vgl Ulmer, WA-Prot 8/68, 126; I.Schmidt, ebd, 128; Säcker, ebd, 130 f, 133, 137

5) MdB Haussmann (FDP), WA-Prot 8/68, 128

6) Säcker, WA-Prot 8/68, 137 - zur Abkopplungsdiskussion vgl S.6 - 13

7) RegB, BT-Dr 8/2136, 13 re

8) Mestmäcker, WA-Prot 8/68, 135

Ob und inwieweit die "kleine" Potentiallösung in der Praxis einem der beiden wettbewerbspolitischen Reformansätze näher kommen würde als dem andern, wurde wegen ihrer ex ante nicht kalkulierbaren Tragweite¹ unterschiedlich beurteilt. Während SÄCKER die Formulierung "in die Lage versetzt" als "mildere Form der Abkopplung" qualifizierte², befürchtete HELMRICH³ darüber hinaus sogar, die "kleine" Potentiallösung werde die Marktmachtprognose durch kaum widerlegliche Vermutungstatbestände ersetzen und sich "wie eine per se - Verbotsnorm" auswirken.⁴

Diesem Einwand trat ULMER mit dem Hinweis auf die Abwägungsklausel in § 24 I 2. Halbsatz entgegen.⁵ Außerdem vertrat er die Auffassung, daß auch die Potentiallösung den Nachweis der Ressourcen und eine "irgendwo auf kaufmännische Vernunft" abstellende Beurteilung der Zusammenschlußwirkungen durch Behörden und Gerichte verlange.⁶ Im Ergebnis sah ULMER deshalb die "kleine" Potentiallösung zwar "tendenziell auf ein Verbot" bestimmter Zusammenschlüsse gerichtet, jedoch nur "im Sinne eines Aufgreifkriteriums mit herabgesetzter Schwelle des Marktbeherrschungsnachweises".⁷

Die Meinungsverschiedenheiten zur Anwendungsgrenze eines § 23a I mit vorgeschalteter Potentiallösung ließen bei Aufnahme dieses Kompromißvorschlages eine von Rechtsunsicherheit gekennzeichnete Übergangszeit erwarten. Die Sachverständigen hielten dieses Risiko jedoch überwiegend für rechtsstaatlich tragbar, weil die neue Generalklausel - anders als bei der "überschießenden Potentiallösung"⁸ in einem veränderten § 24 I⁹ - durch die Vermutungstatbe-

1) vgl. I. Schmidt, WA-Prot 8/68, 127; ähnlich Ulmer, ebd, 127; Säcker, ebd, 133

2) WA-Prot 8/68, 133

3) MdB (CDU/CSU), WA-Prot 8/68, 142

4) ähnlich Harms, WA-Prot 8/68, 134

5) WA-Prot 8/68, 142

6) WA-Prot 8/68, 143

7) WA-Prot 8/68, 143 aE

8) Säcker, WA-Prot 8/68, 130

9) vgl. dazu S.19 aE, 20

stände präzisiert und damit die Rechtsunsicherheit eingegrenzt worden wäre.¹

Trotz dieser relativ günstigen Rechtsentwicklungsprognose konnten sich die Sachverständigen jedoch nicht entschließen, die "kleine" Potentiallösung ebenso eindeutig zu befürworten, wie sie die "große" abgelehnt hatten. Sie wiesen vielmehr nur noch einmal darauf hin, daß eine materiell - rechtliche Fassung des § 23a I die Untersagung eines Zusammenschlusses - über das Vermutungskonzept hinaus - schon im Vorfeld der Marktbeherrschungserwartung iSd § 24 I gestatten würde.² Die Alternative, die sich dem Gesetzgeber damit stellte, wurde von ULMER am treffendsten formuliert:

Wenn die Ressourcen, "sozusagen das abstrakte Moment", für das Eingreifen der Fusionskontrolle genügen sollten, "wären wir deutlich einen Schritt weiter als bisher und auch deutlich einen Schritt weiter als im Falle der Vermutungstatbestände nach § 23a. Dies muß man sich klarmachen. Wenn man es so haben will, möge man es beschließen."³

3. Ergebnis

Die Potentiallösung beinhaltet eine materielle Verschärfung des § 24 I in der Auslegung, die er durch den Sachs/GKN - Beschluß des Bundesgerichtshofs gefunden hat⁴. Indem die Potentiallösung die Eingriffsschwelle der Fusionskontrolle auf einen nur noch abstrakten Marktmachtbezug absenkt, geht sie in ihren Rechtsfolgen auch weiter als die Ressourcenvermutungen. Ungeklärt ist lediglich, welchen Einfluß diese Vermutungen ihrerseits - im Rahmen der durch Potentiallösung und höchstrichterliche Rechtsauffassung zu § 24 I gesteckten Grenzen - auf die zukünftige Praxis der Fusionskontrolle zu nehmen haben.

1) vgl Sacker, WA-Prot 8/68, 130, 137, 144; geneigt, die "kleine" Potentiallösung zu akzeptieren, waren deshalb auch Ulmer, ebd, 127, 143; MdB Haussmann (FDP), ebd, 129; Raisch, ebd, 131

2) vgl Sacker, WA-Prot 8/68, 144

3) WA-Prot 8/68, 125; ähnlich Sacker, ebd, 144

4) vgl WuW/E BGH, 1501 (dazu S. 17 f und ausführlich S. 117 ff - zuletzt bestätigt durch WuW/E BGH, 1749, 1754 f - Klöckner/Becorit (1980)

Auf der Grundlage dieses Erkenntnisstandes hat sich der Gesetzgeber für das Vermutungskonzept entschieden, obwohl zumindest die "kleine" Potentiallösung wahrscheinlich keine untragbaren Rechtssicherheitsprobleme aufgeworfen hätte.¹ Auch hätte sich ihre Geltung auf jene Zusammenschlußkonstellationen beschränkt, die vom Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt einer effektiveren Ressourcenbetrachtung selbst als regelungsbedürftig eingeschätzt wurden.

Diese Tatsachen lassen nur einen Schluß zu: Der Gesetzgeber gab dem Vermutungskonzept deshalb den Vorzug vor der Potentiallösung, weil er die Fusionskontrolle nicht einmal in Teilbereichen auf abstrakte Gefährdungstatbestände stützen wollte. Die Fusionskontrolle sollte konkrete Gefahrenabwehr bleiben.

1) Der Präsident des BGH, Pfeiffer, hatte in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im WA sogar für die "große" Potentiallösung in Aussicht gestellt, die Rechtsprechung werde die Rechtssicherheit "in kürzester Frist" wiederherstellen - referiert von MdB Jens (SPD), WA-Prot 8/68, 136 f

Zweiter Abschnitt: Beweisregel contra Regelbeispiel -
Gegenüberstellung der alternativen
Auslegungsmöglichkeiten zu § 23a I
in Rechtsfolge und Marktmachtbezug

"Die neuen Vermutungen des § 23a Abs. 1 sollen für die Anwendung der Fusionskontrolle nach § 24 bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen die gleichen Beweiserleichterungen bewirken, die mit § 22 Abs. 3 bereits nach geltendem Recht bei horizontalen Zusammenschlüssen vorgesehen sind."¹

Statt über die rechtliche Bedeutung des § 23a I Klarheit zu schaffen², verweist diese Funktionsbestimmung nur auf den alten Meinungsstreit zur Rechtsnatur des § 22 III³ und unterschlägt darüber hinaus die Widersprüche, die diesbezüglich zwischen den Äußerungen des Wirtschafts- und Rechtsausschusses und außerdem zwischen diesen und der Regierungsbegründung festzustellen sind⁴. Der Verweis des Gesetzgebers auf § 22 III bedingt zwar, daß der Meinungsstand zum Rechtscharakter dieser Vorschrift für die Auslegung der Ressourcenvermutungen im Sinne einer Argumentations- und Orientierungshilfe zu verwerten ist, jedoch stellt sich

-
- 1) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re; vgl auch ebd, 13 re; mit Verweis auf die amtlichen Stellungnahmen zur 2. Novelle inhaltlich ebenso WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26
 - 2) kritisch in diesem Sinne auch Loewenheim, WRP 1978, 848 re; Kaiser, WuW 1978, 357; ähnlich Bechtold, BB 1978, 566 li
 - 3) zu den verschiedenen Ansichten vgl Knöpfle, BB 1970, 717; Leo, WRP 1972, 1; Gleiss/Bechtold, BB 1973, 1142; Ebel, NJW 1973, 577; Baur, BB 1973, 915; Röhling, DB 1973, 1585; Wirz, WuW 1975, 611
 - 4) Wirz, WuW 1975, 614, spricht sogar von einem "Dissens des Gesetzgebers"; fast gleichlautend Möschel, Oligopolmißbrauch, 176; ähnlich Ulmer/Lübbert, WuW 1976, 352; Baur, BB 1973, 918 Fn 30 aE; vgl auch Moosecker, GRUR 1978, 521; -die Stellungnahmen von WA und RA (BT-Dr 7/765, 6/14) sind abgedruckt in WuW 1973, 588; für den RA vgl die Ausführungen des Berichterstatters MdB Albers, WuW 1973, 599 f - Auszug aus der Rede vom 14. Juni 1973

das Problem der Rechtsnatur für § 23a I in einem wesentlichen Punkt neu.

Während nämlich hinsichtlich der Marktanteilsvermutungen nur verfahrens- und beweisrechtliche Deutungsmöglichkeiten gegeneinander streiten¹, ist die Diskussion durch die Inanspruchnahme des § 23a I als Regelbeispielskatalog² nunmehr um einen materiellrechtlichen Aspekt bereichert.

- 1) Die geringste, nämlich nur verfahrenseinleitende Bedeutung haben die Marktbeherrschungsvermutungen danach als **A u f g r e i f t a t b e s t ä n d e**, die sich allein an die Kartellbehörde richten und diese zum Eintritt in die Prüfung der Marktbeherrschung berechtigen (so der WA zur 2. Novelle, BT-Dr 7/765, 6) oder verpflichten (so der RA, ebd., 14). Mangels beweislasterückkehrender Funktion entfaltet die §§ 22 III und 23a I bei dieser Interpretation für die Gerichte keine rechtliche Verbindlichkeit (vertreten zB von Wirz, WuW 1975, 618; ebenso schon Benisch, FIW 66, 125 f, für die Mißbrauchsaufsicht; vgl auch Emrich, 95 mwN).
- Einen Schritt weiter geht die Auffassung von Ramrath, der in den Vermutungen die Regeln des **A n s c h e i n s b e w e i s e s** kodifiziert sieht (FIW 84, 80, 115; ebenso Leo, WRP 1972, 13 f; Huber, FIW 80, 138 f Fn 8; Emrich, 94; Werner, BDB, WA-Prot 8/53, 100; vgl auch Scholz, 94, der von "gesetzlichen Tatsachenerwartungen" spricht). Diesen praeter legem entwickelten Maßstäben der Beweiswürdigung (vgl dazu Rosenberg/Schwab, 617) folgend, wäre den Unternehmen die prozessuale Last auferlegt, die durch Erfüllung der Vermutungstatbestände indizierte Überzeugung des Gerichts von einer zusammenschlußbedingt drohenden Wettbewerbsschädigung iSd § 24 I zu **e r s c h ü t t e r n**. Dies hätte durch den Nachweis zu geschehen, daß ein anderer als der vermutete Geschehensablauf als "ernsthaft möglich" in Betracht käme (vgl Blomeyer, Gutachten, 18 ff). Diese "Erschütterungslast" wirkt nur im Bereich der freien Beweiswürdigung des Richters und kehrt folglich die Beweislast für die Untersuchungsvoraussetzungen nicht um (vgl allgemein dazu Tietgen, Gutachten, 63 ff; zustimmend speziell für § 22 III Ramrath, FIW 84, 80; Emrich, 94). Die betroffenen Unternehmen müßten aber durch eigenes Tätigwerden die volle Überzeugung des Richters herbeiführen, daß ein anderer Sachverlauf ernsthaft möglich ist, dh sie müßten die Zweifel begründenden Tatsachen substantiiert darlegen (vgl Ule, 277; Ramrath, FIW 84, 80; Emrich, 94) und notfalls auch voll beweisen (vgl zB Blomeyer, Gutachten, 20; Tietgen, Gutachten, 85). Da die "Erschütterungslast" Ereignisse in der Zukunft betraf, käme die Anwendung des prima facie - Beweises praktisch einer Beweislastumkehr schon sehr nahe.
- Beide Auslegungsvorschläge dürfen jedoch durch die inzwischen herrschende Auslegung des § 22 III als Beweislastvorschrift (vgl ausführlich dazu S. 28 ff) als überholt gelten.

- 2) vgl S. 3

Die Frage, ob und in welchem Umfang Marktbeherrschungsvermutungen die Beweislast umkehren, hat - nicht zuletzt wegen der inzwischen hM zu § 22 III¹ - an Bedeutung verloren. Statt dessen stehen Behörden und Gerichte heute vor der grundsätzlichen Alternative, § 23a I entweder nur als Beweislastvorschrift oder aber darüber hinaus auch als inhaltliche Neuregelung für die Kontrolle marktübergreifender Zusammenschlüsse anzuerkennen.

Da insoweit eine verbal eindeutige Absichtserklärung des Gesetzgebers nicht vorliegt², ist über die jeweiligen Folgen dieser Entscheidung für Recht und Wirtschaftsleben Klarheit zu schaffen. Auf der Grundlage der dabei gewonnenen Erkenntnisse wird es im Rahmen der eigentlichen Auslegungsarbeit leichter oder überhaupt erst möglich sein, hinter dem mehrdeutigen Wortlaut der amtlichen Begründungen den wirklichen Regelungswillen des Gesetzgebers zu ergründen.

1) vgl dazu ausführlich S. 28 ff

2) Klar ist nach den offiziellen Stellungnahmen nur, daß es sich "nicht um Vermutungen im zivilrechtlichen Sinne" handeln soll (WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re). Eine positive Klärung ist dagegen durch den Verweis auf die Äußerungen von RA und WA zur Rechtsnatur des § 22 III (vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 13 re) nicht erfolgt: Der RA verlangte damals zur Rechtfertigung einer Untersagung von der Kartellbehörde den positiven Nachweis, daß der Vermutung "keine Umstände gegenüberstehen, aus denen ... das Fehlen einer "überragenden Marktstellung" folgt" (BT-Dr 7/765, 14), und qualifizierte damit den § 22 III als reinen A u f g r e i f t a t b e s t a n d. Dagegen definierte der WA die Vermutungen sachlich - obwohl "eher" Aufgreiftatbestände - als materielle Beweislastnormen, denn er wollte bei nicht feststellbaren Widerlegungsstatsachen, dh im n o n l i q u e t, davon ausgehen, "daß Marktbeherrschung im Sinne des Gesetzes vorliegt" (BT-Dr 7/765, 6 re). Indem er diese Interpretation für § 23a I "ausdrücklich bekräftigt" (BT-Dr 8/3690, 26 re), bestätigt der WA zwar die inzwischen hM (vgl S. 28 ff), jedoch lassen einige Stellen in Ausschußbericht und RegB zweifeln, ob nicht darüber hinaus doch auch eine materielle Interpretation gewünscht wird. So qualifiziert zB die RegB die durch § 23a I quantifizierte Ressourcenbetrachtung als "Beurteilungskonzept" (BT-Dr 8/2136, 19 re) und der WA die neuen Vermutungen als "deutliche Orientierungshilfen" für Verwaltung und Gerichte, die Marktbeherrschung indizieren (BT-Dr 8/3690, 26).

Drittes Kapitel: § 23a I als Beweislastvorschrift

Marktbeherrschungsvermutungen sind Beweislastnormen - spätestens seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Klöckner/Becorit vom 2. Dezember 1980¹ darf dies als gesicherte Rechtsauffassung gelten.

Konkretes ist damit über die praktische Anwendung eines so interpretierten § 23a I freilich noch nicht gesagt. Fest steht nur, daß die betroffenen Unternehmen bei Erfüllung eines Vermutungstatbestandes mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit von Untersagungsvoraussetzungen, d.h. mit dem non liquet belastet sind.² Ob und in welchem Umfang mit der materiellen auch die formelle Beweislast umgekehrt und damit eine Beweisführungslast der Unternehmen begründet wird, ist dagegen unklar oder umstritten.

Unsicherheit besteht vor allem über zwei Fragen:

1. Schränken beweislastumkehrende Vermutungen in einem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren die Amtsermittlungspflicht ein oder begründen sie wenigstens prozessuale Mitwirkungsobliegenheiten für die Unternehmen?
2. Nehmen die einzelnen Vermutungstatbestände, welche die Untersagungsvoraussetzungen nach § 24 I einheitlich zum Vermutungserfolg erheben, Einfluß auf die Auslegung des Eingriffstatbestandes selbst?

I. Materielle Beweislastumkehr

Die herrschende Meinung qualifiziert die Marktbeherrschungsvermutungen als Beweislastnormen, die im Rahmen der für das GWB gem. §§ 54 I, 69 I geltenden Untersuchungsmaxime die materielle Beweislast umkehren. Führen die Amtsermittlungen der Kartellbehörde, die sie nicht nur zum Nachteil, sondern auch zum Vorteil der betroffenen Unternehmen anzustellen verpflichtet ist, zu kei-

1) WuW/E BGH, 1749

2) vgl nur die oben zitierte Entscheidung des BGH, aaO, 1754: "die gesetzliche Vermutung kann ihre bindende Wirkung ... entfalten, wenn das Gericht ... eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens weder auszuschließen noch zu bejahen vermag."

nem eindeutigen Ergebnis, geht das non-liquet zu Lasten der Unternehmen.¹

In der Fusionskontrolle ist ein die Beweislastumkehr auslösendes non-liquet dementsprechend zu definieren als Ungewißheit über tatsächliche, gegenwärtige oder zukünftige, Markt- und Wettbewerbsbedingungen, die nach Ausschöpfen der Ermittlungspflicht durch die Behörde verbleibt.² Nur dieses tatsachenbezogene Aufklärungsrisiko wird den betroffenen Unternehmen durch Umkehr der materiellen Beweislast aufgebürdet.

Davon zu unterscheiden sind Zweifel daran, ob die eindeutig ermittelte Marktstellung eines Unternehmens als marktbeherrschend im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren ist. Dogmatisch handelt es sich um ein Subsumtionsproblem und damit um eine Rechtsfrage, die Kartellbehörden und Gerichte zu entscheiden haben.³

Für BAUR nehmen die Vermutungen der Kartellbehörde deshalb grundsätzlich "nicht das Beurteilungs- und Qualifikationsproblem ab, welcher Art die Marktstellung eines Unternehmens sein muß, um das Tatbestandsmerkmal der

-
- 1) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re; Hitzler, 180, 182; Kaiser, WuW 1978, 359; Ebel, DB 1980, 1106; ders. § 23a Rdz 3; Immenga, NJW 1980, 1420 re; Wolf, WuW 1980, 469, 473; Maier-Reimer, GRUR 1980, 978 re; Harms, GK, § 23a Rdz 61; zu § 22 III vgl Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 22 Rdz 37; Müller/Giessler/Scholz, § 22 Rdz 61; FK, § 24 Rdz 26; Möschel, Oligopolmißbrauch, 176 f; Lanzenberger, FIW 66, 79; Kirschstein, 82 ff; Niederleithinger, FIW 73, 77; Röhling, DB 1973, 1585, 1589; Rauschenbach, NJW 1973, 1861 li; Baur, BB 1973, 918 li; Witzel, 147; das BKartA behandelt die Vermutungen in ständiger Praxis ebenfalls als materielle Beweislastnormen - vgl erstmals in vorsichtiger Formulierung TB 1973, 6 (1. Abs, letzter Satz); danach etwa WuW/E BKartA, 1475, 1480 - Haindl/Holtzmann; WuW/E BKartA 1571, 1581 - Kaiser/VAW; der BGH hat sich der hM im Fall Klöckner/Becorit angeschlossen - vgl S. 28 Fn 2
 - 2) vgl Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 22 Rdz 37; WA-Bericht, aaO, 26 re
 - 3) so Baur, BB 1973, 918 li zu § 22 III; vgl auch Rosenberg, Beweislast, 9; Rosenberg/Schwab, 634 ff

Marktbeherrschung zu erfüllen".¹

Diese Schlußfolgerung ist jedoch für die Ressourcenvermutungen in § 23a I nicht unbestritten. Teilweise wird nämlich angenommen, daß die Vermutungen auch das rechtliche Beurteilungsproblem lösen helfen.

Ausdrücklich postuliert zB ULMER für § 23a I eine funktionelle Reichweite, die über lediglich beweiserleichternde Wirkungen weit hinausgeht. Er begreift die neuen Monopolvermutungen nicht nur als Aufklärungs- sondern auch als "Auslegungshilfe" in dem Sinne, "daß man eben aus der Vermutung auch Rückschlüsse trifft darauf, was der Gesetzgeber wohl mit dem Tatbestand als solchem meint"².

Tatsächlich liegt es nahe anzunehmen, die Kartellbehörde werde eventuelle Probleme bei der Auslegung der Eingriffsvoraussetzungen nach § 24 I durch Rückgriff auf die Kriterien der Marktbeherrschungsvermutungen zu lösen trachten³. Ein solches Verfahren begründete im Rahmen des § 23a I deshalb eine besondere Gefahr für die Rechtssicherheit, weil Gegenstand der neuen Vermutungen nicht mehr die Marktbeherrschung als solche ist, sondern eine Prognose über ihre Entstehung oder Verstärkung. Werden aber Zusammenschlußvorhaben, die für sich allein genommen noch nicht als unmittelbar wettbewerbsschädigend qualifiziert werden können, als "wettbewerbliche Risikolagen" umschrieben, "die zu Marktbeherrschung oder zu ihrer Verstärkung tendieren"⁴, so beinhaltet dies die Versuchung, auf eine

1) BB 1973, 918 11

2) WA-Prot 6/53, 41

3) vgl zB WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 11: "Die einzelnen Vermutungen umschreiben konkretisiert typische wettbewerbliche Gefährdungslagen und geben auf diese Weise der Verwaltungspraxis und den Gerichten deutliche Orientierungshilfen". S. auch S. 27 Fn 2 aE

4) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re; Mestmäcker qualifiziert die Vermutungen des § 23a I deshalb als "Gefährdungstatbestände" - Immenga/mestmäcker, § 23a Rdz 10, 17

detaillierte Konkretisierung des Marktbeherrschungsbegriffs im Einzelfall zu verzichten. § 23a I kann folglich bei extensiver Handhabung durch die Verwaltungspraxis im Rahmen des § 24 I quasi Tatbestandswirkung gewinnen.

Zwar erwachsen daraus für die betroffenen Unternehmen ggf. zusätzliche, eingriffsgleiche Belastungen. Verantwortlich dafür ist jedoch nicht die Umkehr der materiellen Beweislast durch § 23a I, sondern gerade der Mißbrauch dieses rein beweisrechtlichen Instituts, das nur die Verteilung des tatsächlichen Aufklärungsrisikos regelt, nicht aber eine Auslegungsregel für ein rechtliches non-liquet beinhaltet.

Eine darüber hinausgehende Verwaltungspraxis folgt nicht aus der gesetzlichen Beweislastumkehr, sondern aus einer materiellen Interpretation des § 23a I etwa als Regelbeispielskatalog.¹ Richtig ist freilich, daß bei beweislastumkehrenden Vermutungen eher als bei reinen Aufgreifkriterien die tatsächliche Gefahr besteht, bei rechtlichen Zweifeln an den Untersagungsvoraussetzungen von der erfüllten Vermutung Rückschlüsse auf den Eingriffstatbestand zu ziehen. Da die Beweislastumkehr den Unternehmen grundsätzlich auch materielle Risiken auferlegt und die Grenzen zwischen rechtlichen und tatsächlichen Zweifeln fließend sein können, besteht zumindest im Einzelfall immer die Möglichkeit, daß die Grundgedanken des § 23a I auch in die Auslegung des § 24 I einfließen. Eine notwendige Implikation der Beweislastumkehr ist aber ihre Verwendung als Auslegungsregel nicht.²

-
- 1) Die Tatbestandswirkung der einzelnen Vermutungen wird folglich im nächsten Kapitel erläutert - vgl S. 49 ff
 - 2) Auf diese Unterscheidung ist deshalb mit besonderer Betonung hinzuweisen, weil die Befürchtung, das Bundeskartellamt werde das Gesetz mißbräuchlich handhaben, häufig Ausdruck findet in rechtsstaatlich und verfassungsrechtlich begründeten Einwänden gegen die zugrundeliegende gesetzliche Regelung selbst:
So vertrat zB schon Hoffmann, DIHT, in der Anhörung zu § 22 III mit dem Schlagwort "Wehret den Anfängen" die Auffassung, von der Regelung sei auf Grund drohenden Mißbrauchs durch das BKartA Abstand zu nehmen - WA-Prot VI/53, 37; auch in den kritischen Stellungnahmen zu
(Forts. S. 32)

Zusammengefaßt läßt sich deshalb die Funktion eines die materielle Beweislast umkehrenden § 23a I wie folgt beschreiben:

Nur wenn die Kartellbehörde trotz erschöpfend angestellter Ermittlungen die tatsächlichen Untersagungsvoraussetzungen nicht eindeutig aufklären kann, etwa weil sich entlastende Umstände nicht sicher nachweisen lassen, geht dieses non-liquet zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Dabei sind die Vermutungen als materielle Beweislastnormen in ihrer Geltung nicht nur auf das Verwaltungsverfahren beschränkt, sondern unbestritten auch für die Gerichte verbindlich.

II. Volle Beweislastumkehr

Eine Mindermeinung im Schrifttum möchte die einzelnen Tatbestände des § 23a I in ihrer beweisrechtlichen Tragweite noch weiter, nämlich als Vermutungen im zivilrechtlichen Sinne¹ interpretieren, die sowohl die materielle als auch die formelle Beweislast umkehren.²

Die beweisbelastete Partei trägt danach nicht nur das Aufklärungsrisiko und damit die Folgen des non-liquet, sondern darüber hinaus die formelle Beweislast oder Beweisführungslast. Im Rahmen des § 23a I begründete die Beweisführungslast für die betroffenen Unternehmen die prozessual sanktionierte Obliegenheit, das non-liquet durch eigenes Tätigwerden abzuwenden. Sie müßten zu diesem Zweck vermutungswider-

Forts.

§ 23a I in der Fassung des RegE wird durchgängig auf die zu erwartende praktische Tragweite der neuen Vermutungen hingewiesen. Sachlicher Angriffspunkt ist weniger die rechtssystematische Einordnung des § 23a I, als vielmehr die vermutete Praxis des BKartA: ganz deutlich zB bei Bechtold, BB 1978, 566 li; Hinz, MA 1978, 166 li; Schmidt, ZRP 1979, 421 li; Schütz, DB 1979, 198 li

- 1) vgl dazu Rosenberg, Beweislast, 216; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 292 Anm I 4 d
- 2) dafür plädieren Nagel, DB 1979, 1024; Emmerich, Wettbewerbsrecht, 132, 176 - zu § 22 III; ders., Kartellrecht, 247 - zu § 23a I; für § 22 III wohl auch Kirschstein, 82

legende Tatsachen in das Verfahren einführen und den Beweis dafür antreten.¹ Kartellbehörden und Gerichte könnten sich demgegenüber mit dem Nachweis der Vermutungsvoraussetzungen begnügen, ohne zu weiteren Ermittlungen verpflichtet zu sein.

Weil die Beweisführungslast die Verantwortung für Einführung, Darlegung und Nachweis des entscheidungserheblichen Tatsachenstoffs einer Partei zuweist, ist sie ein Korrelat der im Zivilprozeß herrschenden Verhandlungsmaxime. Im vom Amtsermittlungsprinzip geprägten Verwaltungsverfahren, insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung, ist deshalb die Umkehr der Beweisführungslast grundsätzlich ausgeschlossen.²

Dieser Ausschluß gilt jedoch nur, "soweit" der Untersuchungsgrundsatz gilt.³ Daß der Gesetzgeber durch spezialgesetzliche Anordnung die Untersuchungsmaxime im Einzelfall durchbrechen kann, ist höchststrichterlich anerkannt.⁴ Voraussetzung für die punktuelle Umkehr der formellen Beweislast in einem von der Untersuchungsmaxime geprägten Verfahren ist allerdings, daß der Gesetzgeber seinen dahingehenden

-
- 1) Nicht zu verwechseln mit den auch im Rahmen der Amtsermittlungsmaxime den Parteien aus prozeßökonomischen Gründen zugewiesenen Mitwirkungspflichten und -rechten. Vgl. zum Verhältnis prozessualer und tatsächlicher Mitwirkungsobliegenheiten S. 41 ff
 - 2) BVerwG 3, 245; 10, 271 - ständige Rspr.; BSG 6, 70 - ständige Rspr.; aus der umfangreichen Literatur vgl. Baur, Untersuchungsgrundsatz, 35; Bettermann, DVBl 1957, 851i; Buss, DRiZ 1966, 291re; Dahlinger, NJW 1957, 7re; Dubischar, JuS 1971, 3861i; Gellrich, JR 1955, 1751i; Hauelsen, DVBl 1962, 882; Hoffmann, DVBl 1957, 6041i; Menger, Sozialgerichtsbarkeit, 145; Newerla, NJW 1957, 619re; Redeker, NJW 1966, 17781i; Ruckriegel, DÖV 1958, 532; Rupp, AöR (85), 191; Tietgen, DVBl 1957, 86; ders., Gutachten, 11; Ule, 224
 - 3) vgl. Grunsky, 173; BVerwG 19, 87 (94)
 - 4) so zB generell für das Antragsverfahren vgl. die Entscheidung des BVerwG 20, 295 (299) - Eiersubventionen, dessen Gründe die Beweisführungslast des Antragstellers gedanklich voraussetzen. AA für das GWB Scholz, 94 f, der eine Durchbrechung des Amtsermittlungsprinzips für verfassungswidrig halten würde

Willen in dem betreffenden Sondergesetz¹ ausdrücklich, dh unmißverständlich zum Ausdruck gebracht hat.²

Diesem Erfordernis trägt auch das GWB grundsätzlich Rechnung. Sowohl die Abwägungsklausel in § 24 I, als auch die neuen Oligopolvermutungen in § 23a II kehren die formelle Beweislast ausdrücklich und unmißverständlich um³: "... es sei denn, die Unternehmen weisen nach ...". Diese gesetzlich formulierte Nachweispflicht stellt eindeutig klar, daß die Unternehmen nicht nur das Risiko des non-liquet zu tragen haben, sondern darüber hinaus den Nachweis durch eigenes Tätigwerden im Sinne einer umfassenden Behauptungs- und Darlegungslast führen müssen. Wo das Gesetz - wie z.B in § 23 III 2⁴ - nur die materielle Beweislast umkehren will, erwähnt es die Beweisführung als auszuübende Tätigkeit nicht.⁵

Daraus folgt, daß die formelle Beweislast durch die Ressourcenvermutungen nicht umgekehrt wird.⁶ Dieses der Gesetzes-systematik entnommene Ergebnis wird bekräftigt durch die eindeutige Absichtserklärung des Gesetzgebers, keine "Vermutungen im zivilrechtlichen Sinne"⁷ schaffen zu wollen.

-
- 1) Da Beweisführungslasten des Bürgers im verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur VwGO, zur FGO, zum SGG und zum VwVfG in Widerspruch stehen, können sie n u r durch ein formelles Bundesgesetz angeordnet werden - vgl Bettermann, Referat, 44
 - 2) Tietgen, Gutachten, 96; vgl auch Rupp, AöR (85), 191; Buss, DRiZ 1966, 292 li; Bettermann, Referat, 44; Baur, BB 1973, 917; Grunsky, 173 Fn 6; Beispiele für gesetzlich angeordnete Durchbrechungen des Untersuchungsgrundsatzes bei Tietgen, Gutachten, 12 ff
 - 3) zu § 24 I vgl WA-Bericht zur 2. Novelle, BT-Dr 7/765, 7; zu § 23a I WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27; weitere Fälle formeller Beweislastumkehr im GWB erläutert Harms, GK, § 23a Rdz 44 ff
 - 4) "... es sei denn, daß der Zusammenschluß nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung führt."
 - 5) zu weiteren Fällen materieller Beweislastumkehr im GWB vgl Harms, GK, § 23a Rdz 48 f
 - 6) ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 62
 - 7) vgl WA-Bericht, aaO, 26 re

Infolge dieser unmißverständlichen Stellungnahme haben sonstige, etwa verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine zivilrechtliche Auslegung des § 23a I¹ für das Ergebnis nur noch ergänzende Bedeutung: Ist nämlich gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers nicht einmal eine - im Gegensatz zur gewollten - verfassungskonforme Auslegung möglich², muß in einem solchen Fall erst recht eine den Bürger stärker belastende Interpretation ausgeschlossen sein.

Abschließend läßt sich damit feststellen, daß § 23a I den betroffenen Unternehmen für die Widerlegung der Vermutungen zwar das Aufklärungsrisiko, nicht jedoch die Beweisführungs- last aufbürdet. Eine Umkehr der formellen Beweislast findet nicht statt. Auch für die Kontrolle der in § 23a I umschriebenen Zusammenschlußkonstellationen gilt folglich der Untersuchungsgrundsatz.

III. Materielle Beweislastumkehr, Untersuchungsgrundsatz und Parteimitwirkung

Die Einbindung der materiellen Beweislastumkehr in den Untersuchungsgrundsatz wirft die Frage auf, welche Anforderungen dieser an die Ermittlungstätigkeit der Kartellbehörde stellt. Da die Vermutungen materielle Wirkung nur bei Nichterweislichkeit vermutungswiderlegender Tatsachen entfalten, hängt die praktische Tragweite des § 23a I nicht zuletzt davon ab, in welchem Umfang das Bundeskartellamt Amtsermittlungen auch zugunsten der Unternehmen angestellt haben muß, um sich auf ein non-liquet berufen zu dürfen.

1) vgl. Harms, GK, §23a Rdz 87, und - für das GWB allgemein - Scholz, 94 f

2) Verstößt eine vom Gesetzgeber gewollte Auslegung gegen die Verfassung, so ist die betreffende Regelung selbst dann als verfassungswidrig und damit nichtig zu erklären, wenn ihre verfassungskonforme Auslegung sachlich möglich ist - vgl. BVerfG 2, 266 (281); 4, 331 (351); besonders eingehend BVerfG 8, 28 (LS 1): "Die verfassungskonforme Auslegung darf das gesetzgeberische Ziel nicht in wesentlichen Punkten verfehlen oder verfälschen." - Instruktiv zum Mißbrauch verfassungskonformer Auslegung zur Gesetzeskorrektur die Ausführungen von Bogs, 62 ff

1. Meinungsspektrum

Obwohl der Amtsermittlungsgrundsatz für das Verfahren vor Kartellbehörden und Gerichten übereinstimmend als wesensbestimmend erachtet wird¹, bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, unter welchen Voraussetzungen sich das Bundeskartellamt auf ein non-liquet berufen darf.

NAGEL z.B. konstatiert eine umfassende Ermittlungspflicht der Behörde, die sich von vornherein auf alle für und gegen die Marktbeherrschung sprechenden Umstände erstrecken soll.² Dagegen scheint im Bundeskartellamt die Auffassung vorzuherrschen, daß amtliche Ermittlungen zugunsten der Unternehmen jedenfalls nur insoweit geboten sind, "als sich der Vermutung möglicherweise zuwiderlaufende Fakten und Wertungen nach den Angaben der Unternehmen aufdrängen"³.

ULMER schließlich postuliert einerseits die volle amtliche Ermittlungspflicht des Kartellamts, wonach die Vermutungen nur in "diesem letzten, sehr engen Bereich, wo noch immer keine völlige Klarheit ist, greifen".⁴ Auf der anderen Seite qualifiziert er die Vermutungen funktionell als "Aufklärungshilfe"⁴ in dem Sinne, "daß Unternehmen stärker als allgemein im Verwaltungsverfahren geboten nun gehalten sind, von sich aus Material auf den Tisch zu legen".⁵

Diese Äußerungen manifestieren deutlich die Abgrenzungsschwierigkeiten, die hinsichtlich der Reichweite des Amtsermittlungsprinzips im Gegensatz zu den Auswirkungen jener parteilichen Mitwirkungspflichten bestehen, die auch in einem dem Untersuchungsgrundsatz verhafteten Verfahren exi-

1) vgl nur die offiziellen Stellungnahmen zu § 22 III - WA-Bericht, BT-Dr 7/765, 6; RA, ebd., 14 f - und § 23a I - RegB, BT-Dr 8/2136, 13, 19 iVm BT-Dr 7/765, 6, 14; WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26

2) DB 1979, 1024 li

3) Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 22 Rdz 36 (Hervorhebung von Verf.)

4) WA-Prot 8/53, 40

5) WA-Prot 8/53, 41

stieren¹.

Noch offensichtlicher ist die Unsicherheit in der verfahrensspezifischen Beurteilung der Vermutungen bei EBEL, demzufolge durch die Einführung der Marktanteilsvermutungen in § 22 III "eine Art Mischsystem" entstanden ist, "in dem jedoch der Untersuchungsgrundsatz die eindeutige Priorität hat"². Läßt der diesen Satz umgebende Kontext noch darauf schließen, daß EBEL die Untersuchungsmaxime nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* speziell für die von den Vermutungen betroffenen Sachverhalte durchbrochen sieht³, konstatiert er einige Zeilen später, es handele "sich aber nicht um eine formelle Darlegungs- und Beweisführungslast wie im Zivilprozeß"⁴. Begründet werden seiner Ansicht nach "Mitwirkungspflichten" der Unternehmen in Form substantiierter Einwände, deren Anforderungen aber "nicht zu hoch geschraubt werden" dürfen.⁵

Ähnlich vage äußert er sich auch zu den neuen Vermutungen in § 23a I: "Die Vermutungen setzen ... die Offizialmaxime nicht außer Kraft, sondern erlegen den Unternehmen gewisse Darlegungslasten auf, die, wenn sie erfüllt werden, die Kartellbehörde zur vollen Amtsermittlung und zur Widerlegung der von den Unternehmen vorgebrachten Einwände zwingen."⁶ Diese Stelle ist in sich widersprüchlich, denn soweit die Amtsermittlungspflichten abhängig sind von unternehmensseitig zu erfüllenden "gewissen Darlegungslasten", ist der Untersuchungsgrundsatz - partiell - eben doch außer Kraft gesetzt.

Konsequent diesen Weg geht MÖSCHEL, der die Ermittlungspflichten der Behörde eingeschränkt und dementsprechend eine "atypische Zwischenform" zwischen Verhandlungs- und

1) vgl. zB § 26 II 1,2 VwVfG; § 86 II, III VwGO; § 65 IV und § 69 III GWB

2) NJW 1973, 1582 re (Hervorhebung von Verf.)

3) vgl. auch den Verweis auf Knöpfle, BB 1970, 723, in Fn 42

4) NJW 1973, 1582 re

5) ebd

6) DB 1980, 1106 li (Hervorhebungen von Verf.)

Untersuchungsgrundsatz begründet sieht. Seiner Ansicht nach ist es Sache der Unternehmen, "nach Feststellung der Vermutungsvoraussetzungen ihre Kenntnisse zur Verfügung zu stellen". Das Bundeskartellamt aber soll verpflichtet bleiben, "diesen konkret vorgetragenen Hinweisen, aber auch nur diesen, seinerseits nachzugehen".¹

2. Lösungsansatz

Die erkennbaren Unsicherheiten hinsichtlich Abgrenzung und Wechselbezüglichkeit von Amtsermittlung, materieller Beweislast, Mitwirkungspflichten und Beweisführungslast² lassen vermuten, daß die angebotenen Interpretationen eher diesen Schwierigkeiten denn fundierten Überzeugungsgegensätzen entspringen.

Diese Annahme wird bestätigt durch die im Ergebnis einheitliche Zielsetzung, die den verschiedenen Auslegungsvorschlägen zu Grunde liegt: Durch die Marktbeherrschungsvermutungen sollen die betroffenen Unternehmen zu einer gesteigerten Mitwirkung an der Aufklärung des Verfahrensgegenstandes veranlaßt werden.³ Weiter soll die Verweigerung von Informationen dadurch geahndet werden können, daß die Behörde mangels erkennbaren Anlasses Ermittlungen in der betreffenden Richtung gar nicht erst anstellt und sich dies in Form des non-liquet für die fusionswilligen Unternehmen untersagungs-begründend auswirkt.⁴

- 1) Oligopolmißbrauch, 183 (Hervorhebung von Verf.); ebenso jetzt auch Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdz 7 aE; ähnlich schon Westrick/Loewenheim, § 22 Rdz 37, die die Amtsermittlungspflicht auf die von den Unternehmen substantiiert vorgebrachten Einwände beschränken wollen
- 2) beispielhaft für die Begriffsunsicherheit zuletzt Autenrieth, DB 1981, 1026 II, der die Rechtsnatur des § 22 III 1 - in falsch verstandener Anwendung des § 22 III 1 durch WuW/E BGH, 1749 (Klößner/Becorit) - definiert als "Vermutung sui generis..., die im Ergebnis einer zivilrechtlichen, materiellen Beweislastregelung sehr nahe kommt".
- 3) vgl für alle die auf S. 36 zitierte Aussage Ulmers
- 4) Vgl dazu auch die Stellungnahme des RAes zur 2. Novelle, BT-Dr 7/765, 14: Bei der Prüfung der Marktbeherrschung "hat die Behörde alle ... relevanten Tatsachen, die entweder der Behörde auf Grund ihrer Ermittlungen bekannt oder von den Unternehmen vorgetragen sind, zu berücksichtigen".

Nur aus dem Spannungsverhältnis zwischen dieser Regelungserwartung und der Absage des Gesetzgebers an die formelle Beweislastumkehr sind die Versuche zu erklären, die Marktbeherrschungsvermutungen verfahrensrechtlich als "eine Art Mischsystem", "atypische Zwischenform" oder - wie zuletzt AUTENRIETH¹ - als kartellrechtliche Beweisregeln "sui generis" zu begreifen.

Denknotwendig beruht dieses Bemühen um eine rechtssystematische Sonderstellung der Vermutungen auf der Prämisse, daß mit "einer rein materiellen Beweislastregel", bei der die Kartellbehörde weiterhin "sämtliche Umstände von Amts wegen zu ermitteln" hat, Darlegungsobliegenheiten der Unternehmen grundsätzlich nicht begründet werden². Sie zu bejahen, bedeutet danach eine Einschränkung des Amtsermittlungsprinzips und - insoweit folgerichtig - die Notwendigkeit, den Marktbeherrschungsvermutungen einen Rechtscharakter eigener Art zuzusprechen.

Diese Schlußfolgerung hat sachliche Berechtigung jedoch nur dann, wenn ihre oben genannte Prämisse im Ergebnis tatsächlich zutrifft. Trifft sie zu, so ist damit freilich noch nicht beantwortet, ob die Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes im Fusionskontrollverfahren materiell überhaupt zulässig ist. Diese Frage ist wohl sogar zu verneinen, denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich bestimmt, daß die Vermutungen "beweiserleichternde" Wirkung³ nur "im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Officialmaxime" äußern sollen⁴.

Damit stellt sich die weitere, im Schrifttum nicht problematisierte⁵, aber für die praktische Tragweite der Vermu-

1) DB 1981, 1026 li

2) vgl nur Westrick/Loewenheim, § 22 Rdz 37

3) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 13 re

4) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

5) Dieses Versäumnis ist bereits in den Materialien zur 2. Novelle angelegt, welche den Einfluß des § 22 III auf die kartellbehördlichen Ermittlungspflichten bereits mit wechselnder Tendenz jeweils is alternativer Rechtsnaturen diskutieren - vgl zB RefE 1970, 87, und - gleichlautend - RegB, BT-Dr VI/2520, 20 li (materielle und formelle Beweislastumkehr); WA-Prot VI/53, 38, 52, 57; WA-Prot VI/54, 32 f, 36, 66; WA-Prot 7/5, 11 (reines Aufgreifkriterium); WA-Prot 7/7, 28 f (Aufgreifstatbestand iVm Darlegungslast der Unternehmen)

tungen entscheidende Frage nach dem verfahrensrechtlichen Zusammenspiel von Untersuchungsgrundsatz und Parteimitwirkung. Da nämlich eine Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes gegen den Willen des Gesetzgebers nicht statthaft ist, kann § 23a I Mitwirkungspflichten für die Unternehmen wirksam nur dann begründen, wenn deren mangelnde Informationsbereitschaft auch bei Geltung der Amtermittlungsmaxime durch Feststellung eines die Untersagung rechtfertigenden non-liquet sanktioniert werden kann.

3. Untersuchungsgrundsatz und Parteimitwirkung

Grundlegend für das Verständnis der hier angeschnittenen Problematik ist die Erkenntnis, daß sich Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz hinsichtlich der Sachverhaltsaufklärung zwar als "Archetypen" gegenüberstehen¹, jede Verfahrensart aber Durchbrechungen in Richtung auf die andere erfährt.

Was den Untersuchungsgrundsatz betrifft², so sind es vor allem prozeßökonomische Gründe, welche die theoretische Unabhängigkeit des Gerichts von Parteiinstruktionen durch eine aus Mitwirkungsrechten und -pflichten bestehende Parteibeteiligung bei der Stoffbeschaffung einschränken.³ Beispiele dafür sind das Beweisantragrecht der Parteien - korrelierend dazu die richterliche Bescheidspflicht - gem. § 86 II VwGO und die Sollvorschrift des § 82 I 2 VwGO, derzufolge der Kläger die "zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel" angeben soll. Weiter ist zu nennen § 42 II VwGO, der für den Anfechtungs- und Verpflichtungskläger die Behauptungslast für eine Rechtsverletzung durch die Vornahme oder Ablehnung eines Verwaltungsaktes begründet.

1) vgl Tietgen, Gutachten, 3

2) Zu Einschränkungen des Beibringungsgrundsatzes im Zivilprozeß, die durch das - auch öffentliche - Interesse an einer nicht nur schnellen, sondern vor allem auch richtigen Sachentscheidung gerechtfertigt sind, vgl Baumbach/Lauterbach, § 139 Anm 1 und § 144 Anm 1.

3) vgl Tietgen, Gutachten, 10

Besondere Hervorhebung verdient schließlich § 69 III GWB, der das Beschwerdegericht ausdrücklich mit der Befugnis ausstattet, den Beteiligten Erklärungs- und Beweisantrittsfristen zu setzen. Bei Versäumung der für die Mitwirkungshandlung gesetzten Frist darf das Gericht "nach Lage der Sache ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Beweismittel" entscheiden.

a) Mitwirkungspflichten und Beweisführungslast

Das Nebeneinander von Parteimitwirkung und der Pflicht des Gerichts, "den Sachverhalt von Amts wegen" zu erforschen, § 86 I VwGO, mündet zunächst in die Frage, inwieweit Mitwirkungsrechte und -pflichten eine Beweisführungslast begründen, dh welche Konsequenzen mit der Versäumung von Mitwirkungspflichten verbunden sind¹.

Anlaß zu Mißverständnissen bietet in diesem Zusammenhang immer noch eine frühe Äußerung des Bundesverwaltungsgerichtes, derzufolge die Ermittlungspflicht des Gerichtes dort endet, wo die Mitwirkungspflicht der Beteiligten beginnt². Diese Feststellung suggeriert durch ihre unglückliche Formulierung³, daß amtliche Ermittlungspflichten ausscheiden, soweit die Parteien sich entgegen der ihnen durch Sollvorschriften auferlegten Mitwirkungsaufgaben passiv verhalten. Diese Interpretation wäre jedoch in Anbetracht der klaren Aussage des § 86 I VwGO - Amtsermittlung, keine Bindung an Beweisanträge - ein "praeter legaler ... Versuch, die Verhandlungsmaxime an Stelle der Untersuchungsmaxime in den Verwaltungsprozeß einzuführen"⁴. Denn wenn auch die Verfahrensordnungen in ihrer rechtlichen Ausgestaltung einander genähert sind und noch mehr sich in ihrer praktischen Handhabung

1) dazu Bettermann, Referat, 30 ff

2) BVerwG NJW 1964, 796; zustimmend Redeker/v. Oertzen, 337; kritisch Menger, VerwArch 55, 388; Eyermann/Fröhler, § 86 Rdz 3

3) ähnlich Lücke, JZ 1966, 590 li

4) Bettermann, Referat, 33 - de lege ferenda hält Bettermann diesen Vorschlag jedoch für diskussionswürdig, aaO 34

aufeinanderzubewegen¹, so ist doch die mit dem Verhandlungsgrundsatz korrelierende Beweisführungslast von den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren in ihrer rechtlichen Sanktion deutlich und notwendig zu unterscheiden². Sie ist - entgegen den Auffassungen von REDEKER und LÜKE³ - ein Rechtsinstitut mit selbständiger Bedeutung⁴.

Das zeigt sich vor allem an den unterschiedlichen Folgen, welche ein Versäumnis in der Wahrnehmung der Beweisführungspflicht einerseits und die mangelhafte Erfüllung von Mitwirkungsobliegenheiten andererseits für die betroffene Partei nach sich zieht.

Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Verfahrensbeteiligungen liegt in der fehlenden prozessualen Sanktion für die Nichtausübung von verwaltungsverfahrensrechtlichen Mitwirkungsrechten und -pflichten. Im Gegensatz zum Zivilprozeß führt z.B. die mangelnde Substantiierung des Klagegrundes nicht zur Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit, denn § 82 I 2 VwGO normiert die Substantiierungspflicht des Klägers nur als Sollvorschrift. Aus § 86 I VwGO folgt weiter, daß ein fehlender oder verspäteter Tatsachenvortrag keine Präklusion im Tatsächlichen nach sich ziehen kann und daß darüberhinaus Geständnisse - anders als nach § 138 III ZPO -

-
- 1) so ausdrücklich Redeker, Diskussionsbeitrag, 107 f, der aus diesem Grunde, insbesondere aus der Wesensgleichheit der richterlichen Aufklärungspflichten in §§ 139 ZPO und 86 III VwGO, den Begriff der subjektiven Beweislast aufgeben will; Lücke, JZ 1966, 588 re spricht der subjektiven Beweislast ebenfalls eine eigenständige Funktion ab und will den Begriff aus der Terminologie verbannt sehen; wohl zustimmend Dubischar, JuS 1971, 386 Fn 7
 - 2) inhaltlich ebenso Maetzel, DÖV 1966, 520 f; Dahlinger, NJW 1957, 7 re
 - 3) NJW 1966, 1778 re; JZ 1966, 588 re
 - 4) ausdrücklich gegen die Applanierung grundsätzlicher Verfahrensunterschiede und für die Fortexistenz der Beweisführungslast Bettermann, Diskussionsbeitrag, 122; ebenso Tietgen, Diskussionsbeitrag, 127; Rosenberg, Beweislast, 21 ff

keine für den Richter verbindliche Tatsachengrundlage schaffen.

Liegt demnach im vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren die letzte Verantwortung für die Einführung der zur Sachaufklärung erforderlichen Beweismittel bei Behörden und Gerichten¹, begründen die Mitwirkungslasten im Verwaltungsverfahren keine Behauptungs- und Beweisführungslast für die Unternehmen².

Sie belasten diese jedoch mit dem tatsächlichen Untätigkeitsrisiko in dem Sinne, daß der Untersuchungsgrundsatz nur bei möglichst umfassender Parteimitwirkung die Gewähr für eine richtige und vollständige Sachaufklärung bieten kann³. Die verwaltungsverfahrenrechtlichen Mitwirkungspflichten üben dementsprechend nur eine "Mahnungsfunktion" aus⁴, die besagt, daß ein Zurückhalten von Informationen der ermittelnden Institution eventuell reale Erkenntnismöglichkeiten verschließen und so aus Gründen, die im Tatsächlichen - nicht in der rechtlichen Einschränkung des Amtsermittlungsprinzips - liegen, Entscheidungsnachteile verursachen kann⁵.

Das Ergebnis der verfahrensrechtlichen Standortbestimmung von Beweisführungs- und Mitwirkungslast faßt BETTERMANN treffend wie folgt zusammen: "Nicht die Unterlassung der Parteimitwirkung schränkt die von Gesetzes wegen bestehende Aufklärungspflicht des Gerichtes ein. Umgekehrt ist es ..., daß durch die Aktivität der Parteien die Aufklärungspflicht des Gerichtes sich erweitert. Denn nun werden durch die Beweisanträge der Parteien oder durch das Aufstellen tatsächlicher Behauptungen dem Gericht Möglichkeiten eröffnet, die es von sich aus gar nicht erkennen konnte..... Also, Erweiterung der Amts-

1) insoweit zustimmend Lücke, JZ 1966, 590 re

2) so auch Maetzel, DÖV 1966, 520 f

3) vgl. Dubischar, JuS 1971, 386 li

4) Bettermann, Referat, 36

5) ebenso Tietgen, Gutachten, 35

ermittlung durch die Aktivität der Parteien, aber keine Beschränkung der Aufklärungspflicht durch die Passivität."¹

b) Umfang der Amtsermittlungspflicht

Hebt also die Passivität der Parteien die Ermittlungspflicht der Behörde nicht auf, sondern löst sie diese Pflicht im Gegenteil erst aus, bleibt nur noch das Ausmaß der von den Kartellbehörden und -gerichten verlangten Ermittlungsanstrengungen zu klären.

Auch hier gehen die Meinungen auseinander. LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT sehen eine Aufklärungspflicht der Behörden nur insoweit, als sich möglicherweise vermutungswiderlegende "Fakten und Wertungen nach den Angaben der Unternehmen aufdrängen".² Dagegen votiert die Mehrheit des Schrifttums für eine umfassende Amtsermittlungspflicht, die sich "bis zur Grenze des Möglichen und Zumutbaren" auf jede diskutable und ernstliche Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs zu erstrecken habe.³

Der letztgenannten Meinung ist beizupflichten. Die andere Auffassung beruht auf der als rechtsfehlerhaft erkannten Prämisse, das Gericht habe keinen Anlaß zur Aufklärung solcher Tatsachen, die geltend zu machen die Parteien berechtigt oder angehalten sind. Da aber die Passivität der Parteien rechtlich gerade nicht bestraft wird und ein Ermittlungsbedürfnis oft durch sie überhaupt erst auftritt, darf die Pflichtengrenze für Behörden und Gerichte nicht im Offensichtlichen - "sich Aufdrängenden" - liegen, sondern muß in der Zumutbarkeit des Möglichen gefunden werden.

Dazu steht die von ULMER geäußerte Auffassung, die Unternehmen seien durch die Vermutungen in besonderem Maße gehalten, "von sich aus Material auf den Tisch zu legen"⁴,

1) Referat, 35

2) § 22 Rdz 36 - vgl auch schon S. 36; Ähnlich Hauseisen, DVBl 1962, 882 re, zum Umfang der Amtsermittlungspflicht allgemein

3) statt aller Bettermann, Referat, 35

4) WA-Prot 8/53, 41 - vgl auch schon S. 36

nicht in Widerspruch. Sie ist zu verstehen als Hinweis auf die höheren Anforderungen an die den Unternehmen obliegende Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, die sich aus der Komplexität der zu beurteilenden Materie¹ und den - daraus resultierend - beschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts ergeben.

c) Zusammenfassung

Auch die Umkehr nur der materiellen Beweislast durch Vermutungen kann bewirken, daß die jeweils betroffenen Unternehmen bei Versäumung oder Verweigerung aktiver Aufklärungshilfe Entscheidungsnachteile in Kauf nehmen müssen.

Dies folgt aus den allgemeinen parteilichen Mitwirkungspflichten im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren, die, soweit sie reichen, in ihren praktischen Auswirkungen einer formellen Beweislastumkehr nahekommen². Zwar beseitigt die Versäumung von Mitwirkungshandlungen nicht das rechtliche Gebot, den Fall auch zugunsten der Unternehmen von Amts wegen bis zur Grenze des zumutbar Möglichen aufzuklären, doch ist die Amtsermittlungspflicht ihrem Umfang nach immer durch den tatsächlichen Erkenntnishorizont des Ermittelnden auf natürliche Weise begrenzt.

Das Risiko unzureichender Sachverhaltsaufklärung tragen die Unternehmen in Gestalt des untersagungsbegründenden non-liquet. Dies wird ihnen eine gesteigerte Verfahrensbeeteiligung im eigenen Interesse nahelegen.³

1) vgl dazu Pfeiffer, FIW 91, 5

2) Im Ergebnis macht es wohl keinen Unterschied, ob die Untersagung sich auf ein durch Informationsverweigerung bedingtes non-liquet oder auf versäumte bzw gescheiterte Beweisführungsanstrengungen zur Widerlegung der Vermutung gründet - vgl dazu auch S. 41 f mN

3) Dies umso mehr deshalb, weil vor Gericht nur rechtliche oder tatsächliche Grenzfälle und solche Zusammenschlußvorhaben gelangen, "bei denen sich die Unternehmen große Erfolgsaussichten ausrechnen können" (so schon TB 1976, BT-Dr 8/704, 17). Aus der bisherigen Kontrollpraxis ist deshalb kein Fall bekannt, den die Unternehmen nicht zum Anlaß genommen hätten, von sich aus "alle ihnen greifbaren Widerlegungstatsachen und Beweismittel dafür vorzubringen" (vgl Harms, GK, § 23a Rdz 92). Der Streit um die Zulässigkeit der formellen Beweislastumkehr durch Vermutungen (vgl dazu S. 32 ff) wird deshalb nicht praktisch.

IV. Ergebnis

Als rein materielle Beweislastregel interpretiert¹, legt § 23a I den Unternehmen, deren Zusammenschlußvorhaben die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, das Risiko der Nichterweislichkeit vermutungswiderlegender Tatsachen auf. Zur Vermeidung eines solchen non-liquet obliegt es den Unternehmen in ihrem eigenen Interesse, durch aktive Bereitstellung aller sie möglicherweise entlastenden Fakten die Sachverhaltsaufklärung bestmöglich zu fördern.

Tun sie dies nicht, und lassen sich infolge deshalb unzureichender Erkenntnismöglichkeiten des Entscheidungsträgers zur vermuteten Entstehung oder Verstärkung von Marktbherrschaft "Gegengründe nicht feststellen", so ist eine Untersagung des Zusammenschlusses gerechtfertigt.²

Als beweislastumkehrende Vermutung regelt § 23a I nur die Folgen der Nichtaufklärbarkeit widerlegungserheblicher Tatsachen, nicht jedoch deren notwendigen oder zulässigen Inhalt. Da die Feststellung eines non-liquet bereits erfolglose Ermittlungen und damit die Entscheidung voraussetzt, daß die zweifelhafte Tatsache als solche die Vermutung zu widerlegen geeignet ist, darf diese Eignung nicht dem § 23a I, sondern muß sie dessen materieller Bezugsnorm, dem Eingriffstatbestand in § 24 I entnommen werden.

Zur Widerlegung der Ressourcenvermutungen geeignet ist danach jeder tatsächliche Umstand, aus dem sich ergibt, daß die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktposition als Folge des Zusammenschlusses nicht "zu erwarten" ist.³

Aus all diesen Überlegungen folgt:

Als Beweislastvorschrift läßt § 23a I das Marktmachtkonzept der Fusionskontrolle unberührt. Die Ressourcenvermutungen verlagern jedoch die Einzelmarktbetrachtung von der Begründung der Untersagungs Voraussetzungen in ihre Widerlegung.

1) vgl dazu S. 32 ff, 45

2) WA zur 2. Novelle, BT-Dr 7/765, 6 re; "ausdrücklich bekräftigt" von WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

3) ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 2

Viertes Kapitel: § 23a I als Regelbeispielskatalog

Mit § 23a I sind erstmals Marktbeherrschungsvermutungen ausdrücklich als Regelbeispiele in Anspruch genommen worden. Dieser Vorstoß, den Ressourcenvermutungen über ihre nur beweislasterkennende Hilfsfunktion im Rahmen des § 24 I¹ hinaus auch eine materiell eigenständige Rechtsqualität zuzugestehen², ist als Versuch gewertet worden, "die Abkopplung gleichsam durch die Hintertür doch" einzuführen.³

In diesem Sinne läßt sich auch die frühe, ordnungspolitisch und verfassungsrechtlich begründete Ablehnung der Ressourcenvermutungen⁴ zurückführen auf die Besorgnis, § 23a I werde in seiner praktischen Anwendung als Einbruchsstelle für überholte - zumindest vom Gesetzgeber eindeutig abgelehnte - konzeptionelle Änderungsbestrebungen im Rahmen des § 24 I selbst genutzt werden.⁵

Daß es die inhaltliche Ausgestaltung des Widerlegungsvorbehalts in § 23a I ist, die hier für oder gegen eine solche grundlegende rechtliche Trendwende in der Fusionskontrolle die Weichen stellt, wurde eingangs bereits festgestellt.⁶

Da aber zu Regelbeispielen aufgewertete Vermutungen ihre besondere Wirkung gerade in der Einschränkung von Widerlegungsmöglichkeiten äußern⁷, stellt folglich in der konträre Beweisregel contra Regelbeispiel das Marktmachtkonzept die "Vertrauensfrage"!

Ist aber die Entscheidung für oder gegen die Regelbeispielsinterpretation für die Zukunft der Fusionskontrolle richtungweisend, so reicht es nicht aus, den Einfluß von Regelbeispielen auf die Widerlegbarkeit der Vermutungen rechtlich-abstrakt zu erörtern. Erforderlich ist darüber hinaus, die praktischen Konsequenzen von Regelbeispielen mit dem Inhalt des § 23a I auf das Wirtschaftsleben in der Bundesrepublik aufzuzeigen.

1) vgl. Harms, GK, § 23a Rdz 1

2) vgl. S. 3

3) vgl. Harms, GK, § 23a Rdz 77

4) vgl. S. 2 mN und besonders Kaiser, WuW 1978, 344 ff

5) vgl. S. 31 Fn 2 und zusätzlich Baur, ZgS 1980, 454

6) vgl. S. 4

7) vgl. S. 3

I. Die eingeschränkte Widerlegbarkeit von Regelbeispielen

Der Begriff "Regelbeispiel" hat rechtssystematische Konturen und wissenschaftliche Aufmerksamkeit besonders im Strafrecht gefunden.¹ Was mit "Regelbeispielen" gemeint ist, welchem Zweck ihre Verwendung dient und welche Rechtswirkungen sie äußern, soll deshalb unter Verwertung der zu § 243 StGB gewonnenen Erkenntnisse erläutert werden.

Diese Vorschrift legt fest, unter welchen Voraussetzungen ein besonders schwerer Fall des Diebstahls "in der Regel" vorliegt. Sie ist in ihrer rechtlich-abstrakten Funktion einer als Regelbeispiel interpretierten Marktbeherrschungsvermutung gegen den ersten Anschein durchaus vergleichbar: Liegen die in § 243 I Nr. 1-6 StGB fallgruppenspezifisch geordneten Strafumessungstatsachen² vor, wird "in der Regel" ein im Vergleich zu § 242 StGB höherer Strafraum eröffnet und dadurch die Freiheit des Bürgers zulässig eingeschränkt. Sind andererseits die Vermutungsvoraussetzungen des § 23a I erfüllt, ist "in der Regel" mit der Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung zu rechnen und die Untersagung des Zusammenschlusses als belastender Eingriff gerechtfertigt. Beide Vorschriften erleichtern folglich die Feststellung von Eingriffsvoraussetzungen.³

1. Rechtsfolgen der Regelbeispielstechnik am Beispiel des § 243 StGB

Grund für die Einführung von Regelbeispielen für einen besonders schweren Fall des Diebstahls waren die unbefriedigenden Erfahrungen mit dem vorher geltenden Qualifikations tatbestand in § 243 StGB a.F. Solange nämlich die Fälle

1) vornehmlich zu § 243 StGB - vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum Arzt, JuS 1972, 385; Blei, 419; Calliess, JZ 1975, 112; Maiwald, 137; Wessels, 295

2) vgl. BGHSt 23, 254

3) Unterschiedlich ist freilich die Rechtsnatur der konkreten Bezugspunkte: § 23a I zielt als Tatsachenvermutung (vgl. Harms, GK, § 23a Rdz 31) auf ein deskriptives, § 243 StGB auf ein normatives Tatbestandsmerkmal.

schweren Diebstahls in die starre Kasuistik qualifizieren- der Tatbestandsmerkmale gefaßt waren, galt bei erfolgrei- cher Subsumtion zwingend der erhöhte Strafraum. Auch in bezüglich Unrecht und/oder Schuld besonders gelagerten Fällen konnten richterliche Strafzumessungserwägungen¹ nicht in die Entscheidung einfließen.

Die abschließende Qualifikation in § 243 StGB a.F. durch eine neue, "elastischere" Regelung zu ersetzen, war Grund für die Ausgestaltung der Straferschwerungsgründe als Regel- beispiele. Diese begründen dementsprechend "weder nur noch immer" einen besonders schweren Fall, sind "allerdings durch ihre "Indizfunktion" Tatbestandsmerkmalen zumindest angenähert".

Die "Indizwirkung" eines Regelbeispiels kann im Einzelfall zwar widerlegt werden, jedoch nur dann, "wenn außergewöhn- liche Umstände vorhanden sind", durch die sich der betreffen- de Fall bei einer Gesamtabwägung aller be- und entlastenden Gesichtspunkte in Unrecht und (oder) Schuld deutlich vom Normalfall des Regelbeispiels abhebt".²

Damit ist festgestellt, daß der "Normalfall" z.B. eines Einbruchdiebstahls (§ 243 I Nr. 1 StGB) unwiderleglich als "besonders schwerer Fall" eingestuft wird. Die Rechtsfolge des § 243 StGB ist folglich nur durch den Nachweis abzuwen- den, daß gerade kein Normal-, sondern ein Ausnahmefall vor- liegt, der das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters auf Grund einer atypischen Sachverhaltskonstellation min- dert.

2. Widerlegungsbeschränkungen durch Regelbeispiele in § 23a I

Übertragen auf § 23a I bedeutet dies, daß bei erfülltem Vermutungstatbestand die Untersagungs Voraussetzungen des § 24 I "in der Regel" vorliegen. Widerlegt ist die Vermutung

1) zur Unterscheidung zwischen gesetzlicher und richterli- cher Strafzumessung vgl Schröder, 415 ff

2) vgl statt aller Schönke/Schröder, § 243 Rdz 2

erst, wenn die betroffenen Unternehmen erfolgreich geltend gemacht haben, daß ein "atypischer, regelwidriger Fall" vorliegt, "der die unterstellte Gefahr für den Wettbewerb ausnahmsweise nicht" begründet.¹

Diese Auslegung formuliert exakt die Vorstellungen von WOLF, der die Vermutungen als Signal und Aufforderung an die betroffenen Unternehmen und Institutionen versteht, bei den tatbestandsmäßigen Größenordnungen der Zusammenschlußbeteiligten "schlicht von einer Gefährdungslage auszugehen"². Mit "Gefährdungslage" kann nur die Erwartung gemeint sein, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder sich verstärkt. Diese Vermutung soll zwar noch widerlegbar sein, jedoch nur unter Berufung auf eine Ausnahmesituation, die sich auf quantitative Strukturkriterien wie Marktposition und Finanzkraft der Konkurrenten zu gründen habe.³

Damit scheiden alle an "erkennbare Unternehmensstrategien" anknüpfenden Wahrscheinlichkeitsaussagen, also auch objektivierte Verhaltensprognosen, als Widerlegungstatsachen von vornherein aus.⁴ Sind aber die mutmaßlichen Reaktionen aktueller und potentieller Wettbewerber für die Entlastung des Zusammenschlusses generell unbeachtlich, wird die in § 23a I zu Grunde gelegte Verhaltenserwartung als solche, die durch Milliardenumsätze indizierte Reaktionshemmung der übrigen Wettbewerber, definitiv und damit unwiderlegbar unterstellt.

Als Regelbeispiele interpretiert nivellieren die Vermutungen in § 23a I damit für ihren Anwendungsbereich die Anforderungen, die der Bundesgerichtshof im Sachs/GKN - Beschluß⁵ an die Prognose in § 24 I gestellt hatte⁶. Zwar erkennt die

1) so Harms, GK, § 23a Rdz 60 (Hervorhebungen von Verf.)

2) FIW 91, 17

3) FIW 91, 17; ähnlich schon Emmerich, AG 1978, 93, 120

4) vgl Wolf, FIW 91, 18

5) WuW/E BGH, 1501

6) vgl dazu schon S. 18

abstrakte Wettbewerbsgefährdung durch Großzusammenschlüsse auch der Bundesgerichtshof grundsätzlich an, doch legitimiert er einen Eingriff erst nach erfolgreicher Einzelfallprüfung.¹ Diese soll sich auch auf "erkennbare Unternehmensstrategien", z.B. Markterweiterungsabsicht statt reiner Finanzbeteiligung², und das markttypische Wettbewerbsverhalten der Konkurrenten³ erstrecken.

Für die Regelbeispielsinterpretation dagegen spielen verhaltensbezogene Zukunftsüberlegungen keine Rolle mehr. Unbeachtlich ist deshalb auch die Marktnähe des Großunternehmens⁴, denn dieses Kriterium⁵ widerspricht als einschränkende Voraussetzung für die Abschreckungswirkung des Zusammenschlusses der ausnahmslos verbindlichen Indizfunktion des Regelbeispiels für die umsatzbedingte Reaktionshemmung der Wettbewerber⁶.

Ist folglich eine marktbezogene Plausibilitätskontrolle der Regeltatbestände des § 23a I als solche ausgeschlossen, so beschränken sich die Widerlegungsmöglichkeiten allgemein auf solche Kriterien, welche die tatsächlichen Wahrscheinlichkeitsaussagen, auf denen die Vermutungstatbestände wesentlich basieren⁷, implizit anerkennen. Die Aufzählung Nennung noch größerer Finanzkraft und/oder wesentlich höherer Marktanteile anderer marktpräsenter Großunternehmen bereits im wesentlichen erschöpft sein. Eine solche Interpretation geht weit über eine nur beweisrechtliche Funktionszuweisung hinaus und verleiht den Vermutungen damit rechtlich quasi Definitionscharakter, dh unmittelbare Tatbestandswirkung für § 24 I. Sie verabsolu-

1) vgl WuW/E BGH, 1507

2) vgl WuW/E BGH, 1510 f

3) vgl dazu ausführlicher S. 18 zu Fn 6

4) so auch Immenga, NJW 1980, 1420, für den - ohne Begründung - sämtliche vom BGH zu § 24 I entwickelten Prognoseanforderungen für die Widerlegung des § 23a I schlicht unbeachtlich sind

5) vgl dazu im einzelnen WuW/E BGH, 1511

6) vgl soeben S. 50

7) vgl dazu ausführlich S. 68 ff

tiert die "hohe Wahrscheinlichkeit" einer Wettbewerbsgefährdung durch Zusammenschlüsse iSd § 23a I¹ weitgehend zu einer gesetzlichen Auslegungsregel, die die Vermutungsvoraussetzungen aus der Reihe anderer eingriffsrelevanter Indizien heraushebt und ggf. zum allein untersagungsbegründenden Faktor machen kann.

Nicht unbegründet sind folglich die Befürchtungen, durch § 23a I werde eine kaum widerlegliche per se - Regelung mit Verbotscharakter geschaffen und eine "Neuformulierung des Marktbeherrschungstatbestandes" ins Werk gesetzt².

II. Folgen der Regelbeispielsinterpretation in der Praxis

Da § 23a I den Vermutungserfolg maßgeblich an absolute Größenkriterien knüpft, läßt sich bereits ex ante in hohem Grade konkret bestimmen, welche wirtschaftlichen Folgen Regelbeispiele diesen Inhalts auslösen würden.

1. § 23a I 1a

Die Mittelstandsmarktvermutung in § 23a I 1a verschlüsse im Ergebnis mittelständische Märkte dem Neuzutritt von Doppelumsatzmilliardären wohl ganz.

Zwar läßt diese Vermutung ausdrücklich zu, daß solche Großunternehmen bis zu einem Marktanteil von jeweils unter 5% auch extern in die betroffenen Märkte hineinwachsen. Da hinter dieser Öffnung jedoch das Verbot stünde, die zunächst geringe Marktpräsenz durch weitere Zusammenschlüsse auf einen für das Wettbewerbsgeschehen erheblichen Marktanteil von 5% aufzustocken³, wäre die Anziehungskraft

1) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

2) vgl S. 2 mN

3) zur Anwendung des § 23a I 1a auf horizontale Zusammenschlüsse vgl Harms, GK, § 23a Rdz 126 ff; teilweise wird ohne Begründung die Ansicht vertreten, § 23a I sei auf horizontale Zusammenschlüsse generell anwendbar - vgl Bechtold, BB 1978, 566 li, und Schultz, WuW 1981, 106; dem steht jedoch die ratio legis entgegen, die den Abschreckungseffekt des "hinzutretenden" Großunternehmens erfassen will (vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 20 re); diesem Regelungswillen entspricht nur eine restriktive Auslegung der Bagatellgrenze von "insgesamt 5% Marktanteil" der Zusammenschlußbeteiligten dahingehend, daß nur solche horizontalen Zusammenschlüsse erfaßt werden, durch die das Großunternehmen e r s t m a l s den Schwellenwert von 5% erreicht (ausführlicher Harms, aaO)

dieser Märkte tatsächlich wohl nur sehr gering.

Bereits auf dem Markt tätige Großunternehmen mit Marktanteilen unter 5% wären an horizontalen Zusammenschlüssen ebenfalls gehindert. Umgekehrt begründete diese Regelung in vielen Fällen ein faktisches Veräußerungsverbot für mittelständische Unternehmen mit weniger als 5% Marktanteil, wären ihnen doch die potentesten Käufer genommen¹.

Praktisch nähme darüber hinaus die Tragweite einer solchen Regelung wegen der laufenden Geldentwertung mit Zeitablauf unweigerlich zu. Bezifferte die Regierungsbeurkundung die Zahl der Doppelumsatzmilliardäre noch mit 60², so erfaßt dieses Kriterium nach den Erhebungen der Monopolkommission - bezogen auf das Jahr 1978 - bereits die 80 größten deutschen Unternehmen bzw inländischen Teilkonzerne³. Für das Jahr 1981 dürfte sich dieser Kreis auf nahezu 100 Unternehmen erstrecken.

Diese Zahl würde sich bei Einbeziehung der gemeinsamen Beherrschung in die Mehrmütterklausel des § 23 I 2⁴ noch beträchtlich erhöhen, da für die Ermittlung des Unternehmensumsatzes die Umsätze der meisten Beteiligungsgesellschaften zu addieren wären. HARMS schätzt dementsprechend den gesamtwirtschaftsbezogenen Umsatzanteil der so gesteigerten Anzahl von Doppelumsatzmilliardären - ausländische Unternehmen noch nicht mitgezählt - auf annähernd 30 %.⁵

Erhebliche Breitenwirkung erlangt § 23a I 1a zusätzlich durch die Vielzahl der den Großunternehmen für externes

1) so schon Harms, FIW 81, 79

2) BT-Dr 8/2136, 20 li

3) MK III, Tab.1, Tz 290

4) Säcker, NJW 1980, 801 f, vertritt diese Ansicht unter Berufung auf den WAZ-Beschluß des BGH (WuW/E BGH, 1608 ff); ebenso Emmerich, AG 1980, 205, 215; Schmidt, ZGR 1980, 277 f; zurückhaltender Steindorff, NJW 1980, 1921 f

5) FIW 98,19

Wachstum verschlossenen Märkte, auf denen "kleine und mittlere Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von mindestens zwei Dritteln ... haben". Zwar ist der für den Anwendungsbereich der Mittelstandsmarktvermutung entscheidende Begriff des "mittleren" Unternehmens gesetzlich nicht definiert. Überhaupt läßt er sich nach allgemeiner Ansicht nicht mit absoluten Kriterien erfassen¹, sondern umschreibt eine relative Größe und ist deshalb "nur im Einzelfall aufgrund der jeweiligen Marktstruktur" zu bestimmen².

Selbst wenn man jedoch aus der Begründung für die Bagatellgrenze in § 23a II³ einschränkend folgerte, daß die Umsatzstärke von 150 mio DM für den Begriff des "mittleren" Unternehmens die absolute Obergrenze markiere⁴, so wären damit schon weite Bereiche des Wirtschaftslebens erfaßt. Im Hinblick auf die Geldentwertung allerdings wäre die Zahl der betroffenen Märkte als leicht rückläufig einzuschätzen, da mit Zeitablauf immer mehr Unternehmen die relevante Umsatzschwelle überschreiten. Andererseits weckt jedoch die Tendenz zur "maßnahmege-rechten" Abgrenzung des relevanten Marktes⁵ in immer kleinere Produktmärkte⁶ die Befürchtung, das Bundes-

-
- 1) nach Mühl, 292, wäre dies auch "fehl am Platze"
 - 2) Kooperationsfibel des BMWi, März 1976, 48
 - 3) "... soll die Umsatzgrenze von 150 Millionen DM sicherstellen, daß kleine und mittlere Unternehmen nicht unter die Vermutung fallen;" - WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 re
 - 4) Harms, GK, §23a Rdz 122; noch weitergehend die Kooperationsfibel des BMWi, 48: "Ein Unternehmen mit beispielsweise 200 Mio Jahresumsatz kann daher in einem Markt, an dem auch Umsatzmilliardäre tätig sind, u.U. als mittleres Unternehmen angesehen werden..."
 - 5) dafür Hoppmann, Mißbrauchsaufsicht, 26, 30
 - 6) aus der Praxis des BKartA vgl z.B. WuW/E, 1508 (Bitumen-Verkaufsgesellschaft); WuW/E 1700 (Springer/Elbe Wochenblatt); WuW/E 1709 (Bertelsmann/DVV); vgl auch TB 1977, BT-Dr 8/1925, 70 f, wo der Süßgetränkemarkt als einer von drei Getränke-Hauptmärkten in acht (!) Untermärkte, getrennt nach Vertriebswegen, zerteilt wird.

kartellamt werde mit Hilfe dieses Instrumentes Subsumtionsschwierigkeiten zielorientiert "abhelfen"¹.

2. § 23a I 1b

In den abstrakten Voraussetzungen weit strenger und dem Marktmachtkonzept näher ist § 23a I 1b. Diese Vermutung will Zusammenschlüsse erfassen, die durch "Kombination von Größe und Marktbeherrschung ... gekennzeichnet sind"².

Sie setzt voraus, daß der Doppelumsatzmilliardär mit einem Unternehmen fusioniert, daß "auf einem oder mehreren Märkten marktbeherrschend ist, auf denen insgesamt im letzten abgeschlossenen Kalenderjahr mindestens 150 Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden".

Die Beschränkung der Regelvermutung auf Zusammenschlüsse mit Marktbeherrschern verhindert jedoch in Anbetracht der gesamten Ausgestaltung des Tatbestandes eine breite Streuwirkung auch dieser Vorschrift nicht: Weder setzt § 23a I 1b eine Mindestgröße des Marktbeherrschers noch ein Mindestvolumen der beherrschten Einzelmärkte voraus. Vielmehr sind für die Marktvolumensgrenze von 150 mio DM "die Umsätze aus sämtlichen beherrschten Märkten unter Einschluß der Umsätze der Wettbewerber auf diesen Märkten zusammenzurechnen"³. Konsequenz daraus ist, daß jede noch so diversifizierte Kombination von Größe mit Markt-

1) das jüngste Beispiel dafür ist der Texaco/Zerssen-Beschluß des BKartA (WuW/E, 1840), in dem - diesmal mit umgekehrter Tendenz - eine weite Marktabgrenzung erfolgt, um einen horizontalen Zusammenschluß und eine marktanteilige Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung begründen zu können: Das BKartA geht von einem "einheitlichen, nicht nach Vertriebsstufen zu trennenden Markt" für leichtes Heizöl aus (S. 1841).

2) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

3) RegB, aaO, 21 li

macht von der Vermutung erfaßt wird.¹

Zusätzliche Durchschlagskraft erlangt § 23a I 1b dadurch, daß die Feststellung der Marktbeherrschung des erworbenen Unternehmens sich nach den allgemeinen Vorschriften richtet und folglich durch die Marktanteilsvermutung in § 22 III wesentlich erleichtert wird.

3: § 23a I 2

§ 23a I 2 1. HS exemplifiziert durch völligen Verzicht auf marktbezogene Tatbestandsvoraussetzungen die grundlegende Prämisse des gesamten § 23a I, derzufolge Unternehmensgröße an sich wettbewerbsgefährdend und als direkte Funktion des Umsatzes zu begreifen ist². Diese Vermutung betrifft Zusammenschlüsse, die "durch sehr große Finanzkraft"³ bzw. "Größe ... schlechthin"⁴ gekennzeichnet sind und erfaßt marktunabhängig alle "Elefantenhochzeiten", deren Beteiligte insgesamt 12 mrd DM, davon wenigstens zwei jeweils mindestens 1mrd DM Umsatz zu verzeichnen haben.

Nach den Ermittlungen der Monopolkommission erreichten 1978 bereits 17 Unternehmen - ohne Bundespost und Bundesbahn - Umsätze von über 10 mrd DM und erzielte noch das kleinste der 100 umsatzstärksten Unternehmen ein Umsatzvolumen von gut 1,5 mrd DM⁵. Bezogen auf den Stand des Jahres 1978 - inzwischen dürfte die Geldentwertung den Adressatenkreis auch hier vergrößert haben - wäre danach den 17 größten Unternehmen

-
- 1) Entsprechend konstatiert Mestmäcker, daß die Vermutung über die vom BGH im Sachs/GKN-Beschluß entwickelten Grundsätze hinausgeht, weil sie das Erfordernis der Marktnähe nicht enthält - Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdz 29. Mestmäcker stellt ausdrücklich fest, daß "die an der Unternehmensgröße orientierte Betrachtung von Zusammenschlußwirkungen ... nicht durch den Marktbezug, sondern durch den Wettbewerbsbezug der Strukturmerkmale einer überragenden Marktstellung konkretisiert und begrenzt" wird - aaO, Rdz 34. § 23a I 2 stelle also auf die "Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen" ab - aaO, Rdz 35
 - 2) von Wolf, WuW 1980, 468, als maßgebliche "Wertentscheidung" des Gesetzgebers qualifiziert; vgl dazu aber S. 70 f
 - 3) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re
 - 4) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 1
 - 5) vgl MK III, Tab. 1, Tz 290

jeder wettbewerbsrelevante¹ Zusammenschluß mit einem der 63 folgenden regelmäßig zu untersagen. Die 13 größten Unternehmen mit jeweils über 11 mrd DM Umsatz² dürften sich mit wohl weit über 100 Unternehmen nicht mehr verbinden. Bei Ausweitung der Mehrmütterklausel³ schätzt HARMS die Zahl der so für Zusammenschlüsse mit Tabu belegten Unternehmen auf 200⁴.

Zwar ließe § 23a I 2 1. HS auch als Regelbeispiel noch die Widerlegung zu, daß der relevante Markt schon durch noch größere Unternehmen geprägt⁵ und "gleichwohl noch nicht oligopolistisch verengt"⁶ sei. Wenn sich allerdings die Texaco/Zerrsen-Entscheidung des Bundeskartellamtes durchsetzen sollte, wonach alle 16 inländischen Mineralölgesellschaften auf dem Markt für leichtes Heizöl ein beherrschendes Oligopol bilden⁷, könnte dieser Fall z.B. in der Mineralölbranche freilich kaum eintreten⁸.

-
- 1) Diese Einschränkung ist bedingt durch die vor Anwendung der Vermutung zu prüfende Voraussetzung, ob tatsächlich "unter den besonderen Voraussetzungen des Zusammenschlusses ein Ressourcenzuwachs anzunehmen ist. Erst dann kann die Vermutung zum Tragen kommen." - zur Begründung vgl. Maier-Reimer, GRUR 1980, 94 re
 - 2) vgl. MK III, Tab.1, Tz 290
 - 3) vgl. S. 53 zu Fn 4
 - 4) FIW 98,20
 - 5) vgl. schon S. 51
 - 6) RegB, BT-Dr 8/2136, 21 re
 - 7) vgl. WuW/E BKartA, 1840, und den Auszug aus der Stellungnahme der Texaco AG, Presseinformation v.4.11.1980, WuW 1980, 804; vgl. auch die bereits im Fall Veba/Gelsenberg vom BKartA, WuW/E, 1457 ff, 1460, verwendete Begründung für die Feststellung einer marktbeherrschenden Oligopolstellung mehrerer Mineralölgesellschaften auf dem Markt für leichtes Heizöl, die mangels erfüllter Vermutungsvoraussetzungen nach § 22 III auf § 22 II gestützt wurde.
 - 8) Ob aber die weitergehenden, die Entscheidung des BKartA als generell richtungsweisend begreifenden Befürchtungen von Harms - FIW 9, - zutreffen, ist angesichts der Besonderheiten der Mineralölwirtschaft freilich zweifelhaft. Das BKartA jedenfalls hat den Beschluß ua auf Ausnahmefaktoren, etwa die Homogenität des Produktes und seine eingeschränkte Substituierbarkeit, gestützt (WuW/E BKartA, 1841 f, 1845)

Diesem weiten Anwendungsbereich des § 23a I 2 1. HS generell ausgenommen sind gem. § 23a I 2 2. HS alle Zusammenschlüsse, die durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens auf neuen Märkten erfolgen. Für alte Märkte gilt diese Ausnahme nur bis zur Ausschlußgrenze von 750 mio DM Jahresumsatz.

Weil die Sonderregelung speziell der Freistellung von Forschungsunternehmen dient,¹ müßte § 23a I 2 bei Gemeinschaftsunternehmen auf höhervolumigen Märkten auch als Regelbeispiel wohl ausnahmsweise den Nachweis eines forschungsorientierten Unternehmenszwecks als Widerlegungstatsache zulassen².

4. § 23a I 1b iVm § 23a II

Anlaß zu besonderer Warnung vor tatbestandsübergreifenden Wirkungen sieht HARMS in Kombinationsmöglichkeiten von § 23a I 1b mit § 23a II:

"Ausgeweitet würde der Kreis der "Unberührbaren"³ durch die Oligopolvermutung in Abs.2, die alle 5 Größten eines Marktes einbezieht, sofern sie 2/3 der Marktumsätze bestreiten. Erstreckt man das Oligopol wie im Texaco/Zerssen-Beschluß auf bis zu 16 Unternehmen, dann gehört wohl die Mehrzahl aller mittelgroßen Unternehmen .. zu diesem Kreis."⁴

Eine derartige Erweiterung des Einzugsbereichs von § 23a I steht jedoch nach dem hier vertretenen Verständnis der neuen Vermutungen in § 23a I nicht zu befürchten.

§ 23a I 1b ist zugeschnitten auf die Untersagung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse von Doppelumsatzmilliardären mit Monopolisten iSd § 22 I 1. Zwar

1) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 li

2) Der Gesetzgeber ging - ohne empirische Nachweise - davon aus, daß "so gut wie alle" Forschungsgemeinschaftsunternehmen auf Märkten niedrigeren Volumens oder neuen Märkten tätig werden - vgl WA-Bericht, aaO, 27 li

3) gemeint sind die Marktbeherrscher nach § 23a I 1b

4) FIW 98, 18 f

ist richtig, daß nach § 23a II bis zu fünf Unternehmen wettbewerbsrechtlich einem einzelnen Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung gleichgestellt werden. Auch wird für Zusammenschlüsse auf oligopolistischen Märkten jedes der zur Unternehmensgesamtheit zählenden Unternehmen als marktbeherrschend behandelt¹ mit der Folge, daß "mögliche Verbesserungen der Marktstellung eines Mitglieds der Oligopolgruppe ... zwangsläufig zu einer Verstärkung der übrigen Oligopolmitglieder" führen².

Dies gilt aber eben nur für Zusammenschlüsse "auf oligopolistischen Märkten", dh für horizontale Konzentrationsvorgänge³. Als Sonderregelung für horizontale Zusammenschlüsse⁴ ist § 23a II zumindest bei vertikalen und konglomeraten Fusionen nicht mit § 23a I 1b zu kombinieren. Andererseits ist die Anwendung der Ressourcenvermutung in § 23a I 1b auf horizontale Zusammenschlüsse unter Beteiligung eines Oligopolisten gerade wegen der spezielleren Regelung in § 23a II ausgeschlossen.

Da HARMS jedoch die Beschränkung des § 23a II auf horizontale Fusionen bestreitet⁵, soll zu Argumentationszwecken die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf sämtliche Zusammenschlußformen unterstellt werden. Ein Beispiel zeigt, daß auch in diesem Falle § 23a I 1b zur Erfassung vertikaler oder konglomerater Zusammenschlüsse unter oligopolistischer Beteiligung materiell nicht konzipiert wäre:

-
- 1) hM, vgl dazu Immenga/Schulte-Braucks, BB 1981, 151 li mN
 - 2) zuletzt WuW/E BKartA, 1851 (Texaco/Zerssen) unter Berufung auf BGH v. 12. 2. 1980 - KVR 4/79, BA S. 9 (Makadamwerk Schwaben)
 - 3) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 li; RegB, BT-Dr 8/2136, 12 re; durch § 23a II sollten ausschließlich Anwendungsschwierigkeiten der Fusionskontrolle im Bereich des § 22 II (Nachweis fehlenden Binnenwettbewerbs), nicht jedoch - wie in § 23a I - Mängel der Marktanteilsbetrachtung behoben werden.
 - 4) ebenso Bernotat, WuW 1980, 717; gegen ihn Schultz, WuW 1981, 110 f
 - 5) vgl ausführlich GK, § 23a Rdz 254 ff

Das Unternehmen C mit 15% Marktanteil schließt sich mit dem Doppelumsatzmilliardär U zusammen, der auf einem für C fremden Markt tätig ist. Die drei marktführenden Unternehmen A-C gelten gem. § 23a II mit einem Gesamtmarktanteil von 58% (A mit 23%, B mit 20%) unwiderlegt als marktbeherrschendes Oligopol. Die Kartellbehörde prognostiziert die Verstärkung dieser Marktmacht unter Berufung auf § 23a I 1b.

Diese Folgerung verfehlt bereits den Wortlaut des § 23a I 1b, setzt doch diese Vorschrift - bezogen auf den Beispielsfall - voraus, daß allein die überragende Marktstellung von C verstärkt wird. Gem. § 23a II, der ja unwiderlegt ist, beherrscht jedoch nicht C den für U fremden Markt, sondern die "Gesamtheit von Unternehmen" A-C.

Die Vermutungen in § 23a I 1b und § 23a II könnten folglich nur dann kombiniert angewendet werden, wenn C trotz seiner Zugehörigkeit zur oligopolistischen Unternehmensgesamtheit im Sinne des § 23a II gleichzeitig als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 23a I 1b qualifiziert werden dürfte. Weiter müßte § 23a I 1b dahingehend ausgelegt werden können, daß die "eine" zu verstärkende marktbeherrschende Stellung nicht notwendig die von C sein müßte, sondern auch die des Oligopols sein könnte. Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber die §§ 23a I 1b und 23a II insoweit gegen ihren ihren ausdrücklichen Wortlaut interpretiert wissen wollte.

Im übrigen würde die Anwendung des § 23a I 1b auf vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse mit Oligopolisten auch der inneren Logik des § 23a II nicht gerecht werden können: Die Oligopolvermutungen setzen voraus, daß die Zusammenschlußbeteiligten insgesamt über 15% Marktanteil erreichen. Diese Eingriffsschwelle dient dazu, Zusammenschlüsse, mit deren Hilfe "z.B. der schwächere Oligopolist seine Fusion mit einem Außenseiter festigt", von der Vermutung gezielt freizustellen¹.

Ein ähnlicher Ausgleich des Kräfteverhältnisses könnte jedoch auch dadurch bewirkt werden, daß der schwächere Oligopolist seine Position durch überproportionalen Ressourcenzuwachs festigt. Das erklärte Anliegen der 4. Novelle, nämlich die Ressourcenbetrachtung als "gleichwertiges Beurteilungskonzept"

1) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 re

neben die Marktanteilsbetrachtung treten zu lassen¹, gebietet geradezu die Gleichbehandlung vertikaler und konglomerater "Aufhofusionen" mit solchen, die auf einer Steigerung der Marktanteile beruhen.

Bei Anwendung des § 23a I 1b auf Zusammenschlüsse mit Oligopolisten würde aber die Verstärkung der Marktbeherrschung zunächst pauschal vermutet, ohne daß die Entlastungswirkung marktübergreifender "Aufhofusionen" in Tatbestand oder Rechtsfolge Anklang fände, wie es der ausdrücklichen Regelung horizontaler Aufhofusionen in § 23a II entsprechen würde und in Anbetracht der Aufwertung des Ressourcengedankens auch zu erwarten wäre.

Dieser Regelungsverzicht ist nicht zufällig. Wie nämlich die unterschiedlichen Umsatzkriterien in § 23a I 1 und § 23a I 2 offenbaren, hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die wettbewerbsgefährdenden Auswirkungen einer Ressourcenzusammenführung jeweils normzweckbezogen operationalisieren wollen. Hätte er auch ressourcenbedingte Aufhofusionen erfassen wollen, wären nicht nur Angaben über den erforderlichen Umsatz des Großunternehmens, sondern darüberhinaus auch Regelungen über den erforderlichen Abstand des erworbenen Oligopolisten zu den übrigen Oligopolmitgliedern erforderlich geworden.

Die Zurückhaltung des Gesetzgebers in diesem Punkte ist als bewußte Nichtregelung aufzufassen, denn die Umsatzkriterien der anderen Vermutungen besitzen für das oligopolsspezifische Problem der Aufhofusion keinerlei materiellen Aussagewert: Die Entscheidung, in welcher Größenordnung und unter welchen Voraussetzungen Ressourcenzuwächse die Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht fördern, sagt nichts über den Einfluß von zusätzlichen Ressourcen auf das Kräfteverhältnis innerhalb einer in ihrer Gesamtheit als marktbeherrschend geltenden Unternehmensgruppe.

Welchen Einfluß der Zutritt eines Doppelumsatzmilliardärs auf einen oligopolistischen Markt im allgemeinen und die Wettbewerbslage unter den Oligopolisten im besonderen haben könnte, läßt folglich das Gesetz völlig offen. Auch den Gesetzgeber hat diese Frage an keiner Stelle in den Mate-

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

rialien beschäftigt. Folglich wollte - oder konnte - er ressourcenbedingte Aufholfusionen nicht regeln. Die Ressourcenbetrachtung wurde für Zusammenschlüsse unter Beteiligung eines Oligopolisten nicht operationalisiert.

Weil der Gesetzgeber aber andererseits die wettbewerbsfreundliche Wirkung von Aufholfusionen¹ allgemein für so wesentlich hielt, daß er ihr nicht nur im Rahmen der Vermutungswiderlegung Rechnung tragen, sondern sie durch die Bagatellgrenze von 15% Marktanteil möglichst ganz² von der Anwendung des § 23a II ausnehmen wollte³, muß auch die Anwendung des § 23a I 1b auf konglomerate Zusammenschlüsse mit Oligopolisten iSd § 23a II abgelehnt werden. Die mangelnde Berücksichtigungsfähigkeit von Aufholfusionen in § 23a I 1b gebietet dies.

5. Zusammenfassung

Die tatbestandsbezogen individualisierte Wirkung des Regelbeispielkonzepts läßt erkennen, daß § 23a I bei der in Anspruch genommenen neuen Interpretation in weiten Bereichen des Wirtschaftslebens als Instrument "zur Sicherung einer ausgewogenen Unternehmensgrößenstruktur"⁴ Verwendung finden könnte:

Mittelständische Märkte wären vor dem Neuzutritt großer Wettbewerber weitgehend sicher. Großunternehmen müßten sogar über die Erfordernisse "eines strukturellen Nachteilsausgleichs"⁵ zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen hinaus auf externes Wachstum verzichten; denn weder § 23a I 1b noch § 23a I 2 setzen eine signifikante Marktpräsenz von Mittelständlern voraus.

-
- 1) die positive Einschätzung von Aufholfusionen ist nicht unbestritten - kritisch zB Immenga, NJW 1980, 1421
 - 2) jenseits der 15%-Grenze können Aufholfusionen im Rahmen der Widerlegung geltend gemacht werden - vgl Harms, GK, § 23a Rdz 252
 - 3) vgl dazu S. 60
 - 4) so eine Zielsprache der BReg in der Stellungnahme zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II re
 - 5) vgl die Stellungnahme der BReg zum TB 1977, aaO, II 11

Die breite Streuung der das Umsatzkriterium jeweils ergänzenden Vermutungsvoraussetzungen - mittelständische Märkte, Marktbeherrschung des erworbenen Unternehmens auf beliebig vielen, nur dem Mindestgesamtvolumen nach bestimmten Märkten und Milliardenumsätze des oder der anderen Zusammenschlußbeteiligten - gewährleistet im Ergebnis eine weitreichende Neutralisierung von Großunternehmen.¹

Auch ohne Verknüpfung von § 23a I 1b mit § 23a II würden Regelbeispiele mit dem Inhalt des § 23a I deshalb zu grossen Belastungen für die deutsche Wirtschaft führen. Sie wären in ihrem Zusammenspiel ein taugliches Instrument, die Unternehmensstruktur in vielen Bereichen zu konservieren und die Konzentration im Bereich von Großunternehmen stark einzudämmen.

III. Ergebnis

Als Regelbeispiele interpretiert gewinnen die Ressourcenvermutungen - von seltenen Ausnahmefällen abgesehen - Tatbestandswirkung für eine Untersagung nach § 24 I. Praktisch äußern sie bei dieser Auslegung eine antikonzentrativen Breitenwirkung, die mittelständische Marktstrukturen weitgehend konserviert und die externen Wachstumsmöglichkeiten für Großunternehmen empfindlich beschneidet.

Diese Feststellungen lassen vermuten, daß im Wege der Regelbeispielsinterpretation eine materielle Rechtsänderung in der Fusionskontrolle angestrebt wird, die der Gesetzgeber der 4. Novelle selbst gar nicht gewollt hat: § 23a I ist rechtlich gerade nicht als Gesetz gegen wirtschaftliche Konzentration oder Unternehmensgröße an sich konzipiert, mögen auch entsprechende gesellschaftspolitische Wunschvorstellungen und Regelungserwartungen die Einführung dieser Vorschrift mitgetragen haben².

1) ebenso Harms, FIW 98, 21

2) vgl. zB RegB, BT-Dr 8/2136, 13 re: "Der Entwurf entspricht damit der Zielsetzung der Fusionskontrolle, wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutsame Zusammenschlüsse ... ggf zu untersagen."

Die Ressourcenvermutungen erkennen als Hilfsnormen zu § 24 I durch ihre Rechtsfolgeregelung jedenfalls ausdrücklich an, daß die Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht zentrales Eingriffskriterium der Fusionskontrolle bleibt. Der Gesetzgeber hat dementsprechend auch die in § 23a I umschriebenen Zusammenschlußkonstellationen als "konkretisiert typische wettbewerbliche Gefährdungslagen" umschrieben, die zur Begründung von Marktbeherrschung oder ihrer Verstärkung tendieren sollen.¹

Damit stellt sich die Frage nach der tatsächlichen Erkenntnisqualität der einzelnen Vermutungstatbestände. Verursachen diese nämlich nicht "mit hoher Wahrscheinlichkeit"² die in § 24 I vorausgesetzte Wettbewerbsgefährdung, sondern haben sie ganz oder weitgehend fiktiven Charakter, so begründet die materielle Auslegung des § 23a I ein wettbewerbspolitisches Alternativkonzept: Die auf Ausnahmefälle beschränkte, durch die innere Logik der vom Gesetzgeber propagierten Abschreckungstheorie determinierte Widerlegbarkeit von Regelbeispielen³ erhöhe dann § 23a I zum materiell eigenständigen Untersagungstatbestand. Umgekehrt bliebe die Auslegung des § 23a I als Regelbeispielskatalog dann systemkonform, wenn der Marktmachtbezug in die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Vermutungen gewissermaßen "eingebaut" wäre.

Resümierend läßt sich deshalb folgende Feststellung treffen: Regelbeispiele mit dem Inhalt des § 23a I koppeln die Fusionskontrolle in dem Umfang vom bisher praktizierten Marktmachtkonzept ab und unterwerfen sie einer anderen Konzeption, in dem die Vermutungskriterien den realen Bezug zur Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht vermissen lassen und folglich den Eingriffstatbestand in § 24 I materiell neu "interpretieren".

1) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 11

2) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

3) vgl S. 50 f

Dritter Abschnitt: Regelbeispiele und Wettbewerbswirklichkeit

- Zur Ursächlichkeit tatbestandsmäßiger Zusammenschlüsse gemäß § 23a I für die Entstehung oder Verstärkung einer übertragenden Marktstellung

Fünftes Kapitel: Die tragenden Prämissen des § 23a I

Realitätsnähe und Sachgerechtigkeit der Ressourcenvermutungen sind von Anfang an fast einhellig bestritten worden.¹ Sie durch Auswertung einschlägiger Kasuistik jeweils tatbestandsbezogen zu überprüfen, reicht der nur 8-jährige Erfahrungszeitraum der deutschen Fusionskontrolle kaum aus. Darüber hinaus birgt eine von vornherein fallspezifisch isolierte Betrachtung der einzelnen Vermutungen aber auch die Gefahr, den richtigen Ansatzpunkt für die Realitätskontrolle des § 23a I zu verfehlen.

Allen Tatbeständen dieser Vorschrift gemeinsam ist nämlich die Funktion, die in § 22 I 2 mit der "überragenden Marktstellung" eingeführte Ressourcenbetrachtung - zumindest beweiserleichternd - zu quantifizieren.² Daraus ist zu schließen, daß die einzelnen Vermutungen auch auf einheitlichen Vorstellungen über die Auslegung des § 22 I 2 einerseits sowie über Erscheinungsbild und Wirkung wettbewerbsrelevanter Ressourcen andererseits basieren.

Diese gedanklichen und tatsächlichen Grundlagen des § 23a I gilt es sichtbar zu machen. Wenn dessen Einzelprämissen auf generelle Wahrscheinlichkeitsaussagen zurückzuführen sind, lassen sich für den wettbewerbspolitischen Adäquanztest der Ressourcenvermutungen über das einschlägige Fall-

1) vgl. Kaiser, WuW 1978, 356, 362 f; Hinz, MA 1978, 165 f; Bechtold, BB 1978, 566; Harms, FIW 81, 73; Schütz, DB 1979, 197 f, 199; Schmidt, ZRP 1979, 42; Waigel, WuW 1979, 371; gem. Stellungnahme der Handelsverbände v. 18.10.1978, WRP 1979, 105 re; zuletzt Blechman, GRUR Int. 1980, 653aE, aus rechtsvergleichender Sicht; zweifelnd Ulmer, WA-Prot 8/53, 41, und Säcker, ebd, 48; vgl. auch Maier-Reimer, GRUR 1980, 971 ff; aA wohl nur Emmerich, Kartellrecht, 256f. und Nagel, DB 1979, 1023 ff und zuletzt Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdz 10, 11

2) vgl. nur RegB, BT-Dr 8/2136, 13

material hinaus zusätzlich auch solche Erkenntnisquellen ausschöpfen, die das Wettbewerbsgeschehen in der Bundesrepublik und seine Bedingungsbeziehungen allgemein analysieren.

I. Konstruktion und Konzeption des § 23a I

Mit § 23a I unternimmt der Gesetzgeber den Versuch, für vertikale und konglomerate Konzentrationsvorgänge die "disproportionale, nach außen sichtbar werdende Unternehmensgröße" als ausschlaggebendes Merkmal der überragenden Marktstellung zu begreifen.¹ Um die Verbindung zu § 22 I 2 herzustellen, der dieses Kriterium nicht kennt, wird der neue Begriff global an die ressourcenorientierten Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift, besonders die "Finanzkraft", gekoppelt.²

Gleichzeitig wird die bisherige Auslegung dieses Begriffs aber erweitert, indem sich die Unternehmensgröße "nicht immer in besonderer interner Finanzkraft" mehr niederschlagen muß. Bestimmt, eine nunmehr ebenso zentrale Rolle zu spielen, sind das faktisch geminderte Konkursrisiko und die "Abschreckungs- und Entmutigungswirkungen gegenüber disproportional kleineren Konkurrenten".³

Es ist deshalb nur konsequent zu glauben, für die Begründung überragender Finanzkraft ist § 22 I 2 in Zukunft auf intern betriebswirtschaftliche Kriterien weitgehend verzichten zu können. An ihre Stelle soll der Umsatz treten, weil nur dieser nach außen sichtbar, von den Wettbewerbern mit Stärke gleichgesetzt und sich deshalb zur Grundlage ihrer Erwartungen und ihres Marktverhaltens auswirken werde.⁴

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li

2) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re; vgl auch RegB, aaO, 19 re, wonach die durch § 23a I 2 erfaßten Großzusammenschlüsse "durch sehr große Finanzkraft...gekennzeichnet sind".

3) WA-Bericht, aaO, 26 re

4) RegB, aaO, 20 li; ebenso schon die Stellungnahme der BReg zum 1. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Dr 8/702, 12

In gedanklicher Folge stellt sich die mit den Ressourcenvermutungen verfolgte Strategie zur Effektuierung der Fusionskontrolle dementsprechend wie folgt dar: Sie besteht

1. aus der Wertentscheidung, für vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse die Ressourcen, insbesondere die Finanzkraft eines Unternehmens, als wesentliche Ursache überragender Marktstellungen anzuerkennen,
2. aus der modifizierten Auslegung des § 22 I 2, derzufolge das Tatbestandsmerkmal "Finanzkraft" keinen betriebswirtschaftlichen Nachweis mehr erfordert und statt dessen der abschreckend wirkende Anschein großer Finanzkraft ausreicht,
3. aus der Unterstellung, daß die "disproportionale, nach außen sichtbar werdende Unternehmensgröße" diesen Anschein und seine abschreckende Wirkung in der Regel begründet, und schließlich
4. aus der Wahl des Umsatzkriteriums als Indikator für die Unternehmensgröße.

Rechtliches Ziel dieser von § 22 I 2 schrittweise abstrahierenden Schachtelungstaktik ist, daß - vermittelt über die Stufen "Unternehmensgröße" und "Finanzkraft" - der Umsatz eines Unternehmens dessen überragende Marktstellung für die Zwecke der Fusionskontrolle ausschlaggebend indizieren soll.¹

Praktisch soll § 23a I die "Abwehr wettbewerbsschädlicher Unternehmenskonzentration" gewährleisten.² Als Anlaß und Bedürfnis für die Novellierung in Anspruch genommen wurde die fortschreitende "Vermachtung von Wettbewerbsstrukturen" durch "das verstärkte Vordringen von Großunternehmen auf mittelständisch strukturierte Märkte und die zunehmende Kumulierung von Ressourcen bei Großunternehmen".²

Hinter der globalen Zielsprache verbirgt sich dementsprechend ein Konglomerat tatsächlicher Regelungserwartungen: In sachlicher Einheit mit einer effizienteren Wettbewerbs-

1) vgl. RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li; zustimmend Wolf, WuW 1980, 468 f; ders., FiW 91, 17

2) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 li; von Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdz 3, als "wettbewerbspolitische Grundsatzentscheidung" qualifiziert

vorsorge sollen die Ressourcenvermutungen "allerdings dazu beitragen, die Eingriffsmöglichkeiten für die Fusionskontrolle zur Sicherung einer ausgewogenen Unternehmensgrößenstruktur zu erweitern"¹, und "zugleich auch die Marktchancen der kleinen und mittleren Unternehmen im Sinne eines strukturellen Nachteilsausgleichs" erhöhen².

II. Die Kernthese des § 23a I

In Anlehnung an Konstruktion und Konzeption des § 23a I sowie unter Berücksichtigung der daran geknüpften Regelungswünsche und ihrer Motive lassen sich für die Realitätskontrolle der Ressourcenvermutungen drei Ansatzpunkte unterscheiden, nämlich

1. die Basisprämisse, Mittelstandsschutz durch Strukturierung einerseits und Wettbewerbssicherung andererseits gingen in der Verhinderung von (Groß-) Unternehmenskonzentration eine Synthese ein,
2. die - insoweit folgerichtige - Annahme, große Finanzkraft "an sich" berge Risiken für den Wettbewerb in sich³ und
3. die marktpsychologische These, die umsatzindiziert disproportionale Größe eines Unternehmens werde von der Marktgegenseite generell mit Ressourcenstärke gleichgesetzt und zeitige deshalb eine wettbewerbsblähmende Abschreckungswirkung auf aktuelle und potentielle Wettbewerber³.

Inhaltliche Überschneidungen und sachlogische Rangverhältnisse innerhalb dieser Argumentation eröffnen die Möglichkeit, die darin enthaltenen Begründungselemente für die Erörterung des anstehenden Problems in eine materielle Kernfrage zu transformieren.

1) vgl. Stellungnahme der BReg zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II re, 2. Abs (Hervorhebung von Verf.)

2) wie zu 1), II li, 1. Abs aE (Hervorhebung von Verf.)

3) vgl. RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li; WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

1. Finanzkraft, Unternehmenskonzentration und Wettbewerb

Angelpunkt der wettbewerbspolitischen Rechtfertigung des § 23a I ist die tatsächliche Annahme, steigende Konzentration im Bereich bzw. zugunsten großer, finanzkräftiger Unternehmen wirke per se wettbewerbsfeindlich.

Zwar schätzt der Gesetzgeber die Wettbewerbsgefährdungen durch "disproportionale" Unternehmensgröße als besonders gravierend ein¹, doch zeigen die rein unternehmensbezogenen Größenkriterien in § 23a I 2, daß sein Unwerturteil externes Wachstum finanzstarker Unternehmen generell trifft. Dies fügt die Annahmen zu 1. und 2. zu einem materiellen Verbund:

Ist eine konzentrativen Verflechtung von Großunternehmen untereinander grundsätzlich ebenso wettbewerbsfeindlich wie der Einsatz von Finanzkraft zur Eroberung mittelständischer Märkte, so resultiert daraus, daß jeder marktübergreifende Konzentrationsvorgang unter Beteiligung eines mit überragender Finanzkraft ausgestatteten Unternehmens den Wettbewerb gefährdet.

Diese These gilt es folglich empirisch zu verifizieren.

2. Umsatz, überragende Marktstellung und Wettbewerb

Das Urteil über die Sachgerechtigkeit der umsatzorientierten Abschreckungstheorie zu 3. hängt ab vom Wahrheitsgehalt der soeben ermittelten Grundsatzprämisse des Gesetzgebers.

a) Umsatz und Finanzkraft

Soweit die Umsatzziffer nur den betriebswirtschaftlichen Nachweis überragender Finanzkraft ersetzen und damit die nur zu vermutende der tatsächlich vorhandenen Finanzkraft wettbewerbsrechtlich gleichstellen soll, kann die wettbewerbslähmende Wirkung hoher Umsätze nicht größer sein als die der durch sie indizierten Finanzkraft selbst.²

Materielle Bedeutung kann das Umsatzkriterium deshalb erst gewinnen, wenn generell oder im Einzelfall positiv festgestellt ist, daß wirtschaftliche Konzentration unter

1) vgl nur RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li

2) ähnlich Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdz 14

Beteiligung finanzstarker Unternehmen tatsächlich zu einer gem. §§ 24 I, 22 I 2 untersagungsfähigen Wettbewerbsgefährdung führt. Ist dies freilich der Fall, gewinnt die Gleichstellung hoher Umsätze mit überragender Finanzkraft in bestimmten Fällen - je nach Auslegung des § 23a I - Einfluß auf die Entscheidung im Fusionskontrollverfahren.

Ist § 23a I als Beweislastregel zu verstehen, entfaltet die Prämisse 'Umsatz gleich Finanzkraft' materielle Belastungswirkung nur, wenn die Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft marktbezogen festgestellt ist und das von der Vermutung betroffene Großunternehmen die umsatzindizierte Finanzkraft betriebswirtschaftlich nicht besitzt. Diese Fälle werden allerdings selten sein, ist doch der Umsatz zumindest als "Grobindikator" für Finanzkraft allgemein anerkannt¹.

Sollten hohe Umsätze tatsächlich nicht mit hoher Finanzkraft einhergehen, etwa weil sie - man denke an die Ruhrkohle AG oder den AEG-Konzern - verlustbringend sind², liegt der materielle Vermutungssachverhalt gar nicht vor. Die Akzessorietät des Umsatzkriteriums verlangt in diesem Fall zwingend die Widerlegbarkeit der Vermutung.

Als eigenständiger Anwendungsbereich dieses Kriteriums verbleibt damit im Rahmen einer reinen Beweislastvorschrift nur das non-liquet bezüglich der Übereinstimmung von Umsatz und Finanzkraft. In diesem Fall ist die umsatzindizierte Untersagung des Zusammenschlusses aber auch nach den markt- machtorientierten Voraussetzungen konkreter Gefahrenabwehr gerechtfertigt:

Wenn die Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft für den relevanten Markt positiv feststeht und die Marktgegenseite das expandierende Unternehmen als finanzstark vermuten muß oder doch diese Möglichkeit wenigstens nicht erkennbar aus-

1) vgl zuletzt Harms, GK, § 23a Rdz 10; s. auch S. 115 Fn 1

2) vgl dazu Harms, FIW 98, 15

geschlossen ist, so begründet dies die konkrete Gefahr einer wettbewerbsblähenden Wirkung.

Anders liegen die Dinge, werden die Ressourcenvermutungen als Regelbeispiele interpretiert. Dann wirkt das umsatzbezogene Tatbestandsmerkmal weniger als Aufgreifkriterium denn als Regelvoraussetzung für die Untersagung. Da § 23a I bei materieller Auslegung die Widerlegung nicht zuläßt, daß etwa große Finanzkraft im Normalfall nicht abschreckend wirkt oder die Wettbewerber die Ressourcenstärke des Großunternehmens nicht nach seinem Umsatz beurteilen¹, könnte das Überschreiten der Umsatzgrenze schon ein Verbot auslösen.

Auch in diesem Fall hinge jedoch das Urteil über die Sachgerechtigkeit des § 23a I im Ergebnis von der Tauglichkeit des Umsatzkriteriums nicht entscheidend ab. Ob es nämlich zutrifft, daß hohe Umsätze für die Marktgegenseite Finanzkraft indizieren, hat Aussagewert für die Realitätsnähe der Vermutungstatbestände nur dann, wenn die Wettbewerbsschädlichkeit ressourcenaktiver Unternehmenskonzentration erwiesen ist. Ist diese These hingegen falsch, verfehlen die Ressourcenvermutungen die Wirklichkeit des Wettbewerbsgeschehens auch dann, wenn mittelständische Wettbewerber Umsätze tatsächlich mit Finanzkraft gleichsetzen.

Für den wettbewerbspolitischen Adäquanztest des § 23a I hat das Umsatzkriterium deshalb - unabhängig davon, wie die Vorschrift auszulegen ist - nur zweitrangige Bedeutung.

b) Umsatz und "Unternehmensgröße"

Dieses Ergebnis verliert seine Allgemeingültigkeit nicht durch den Hinweis, daß der Umsatz nicht ausschließlich die Finanzkraft, sondern die - inhaltlich vielschichtigere - "Unternehmensgröße" indizieren soll².

1) vgl zur Widerlegungsbeschränkung durch Regelbeispiele S. 49 ff

2) vgl dazu WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

Da § 23a I insgesamt auf § 22 I 2 Bezug nimmt¹, muß sich auch die inhaltliche Konkretisierung der "Unternehmensgrösse" im Rahmen einer systemkonformen Auslegung des § 22 I 2 halten. Der Umsatz kann daher nur die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift oder andere, für die Erfassung einer überragenden Marktstellung geeignete Kriterien indizieren.

Es ist allerdings bisher von keiner Seite behauptet worden, das Umsatzvolumen eines Unternehmens entfalte eine tatsächliche Vermutungswirkung auch für seinen Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, seine Verflechtungen mit anderen Unternehmen oder sogar für tatsächliche oder rechtliche Marktzutrittsschranken zu Lasten a n d e r e r Unternehmen.

Wenigstens als Indikator für die letztgenannte Tatbestandsvoraussetzung des § 22 I 2 ist das Umsatzkriterium offensichtlich ungeeignet. Soweit es für eine Indizwirkung aber taugen sollte, wäre auch hier die konkrete Wettbewerbswirksamkeit des indizierten Sachverhaltes vorrangig zu überprüfen.

III. Zielfrage

Es hat sich gezeigt, daß die Sachgerechtigkeit der Ressourcenvermutungen maßgeblich von einer Frage abhängt, die, wenn sie negativ beantwortet wird, über den Realitätsgehalt des § 23a I entscheidet. Diese Frage lautet:

Führen vertikale oder konglomerate Konzentrationsvorgänge unter Beteiligung mindestens eines Großunternehmens regelmäßig "mit hoher Wahrscheinlichkeit"² zur Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung ?

1) so ausdrücklich RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

2) vgl nur RegB, aaO, 19 re

Sechstes Kapitel: Deutsche Erkenntnismöglichkeiten

Leider fehlt es in Deutschland an zuverlässigem statistischen Material, das die Zusammenhänge von Konzentration, Finanzkraft und Wettbewerb detailliert aufhellen könnte.

I. Hauptgutachten der Monopolkommission

Zwar stellt die Monopolkommission regelmäßig Untersuchungen über "Stand und Entwicklung der Konzentration im Bereich von Großunternehmen" an¹, doch stellt sie einen konkreten Zusammenhang zwischen der Zusammenschlußaktivität der "100 Größten" und der Wettbewerbsentwicklung in einzelnen Wirtschaftszweigen oder Branchen gerade nicht her². Statt dessen wird bedauernd hervorgehoben, "daß die Fusionskontrolle das überproportionale Wachstum der Großunternehmen nicht begrenzt" habe³.

Es ist bezeichnend, daß die Monopolkommission mit dieser Erfahrung einerseits die Notwendigkeit der von ihr initiierten Ressourcenvermutungen begründet, andererseits aber klarstellt, daß damit "die wettbewerbspolitischen Zielsetzungen nicht verändert, sondern die Mittel zu ihrer Verwirklichung verbessert werden" sollen⁴. Indem sie auf eine nach Branchen differenzierte, wettbewerbsorientierte Analyse der beobachteten Konzentrationsbewegungen verzichtet, erliegt sie ebenfalls der Versuchung, Anti-konzentrationspolitik als "selbstverständliche" Synthese von Strukturerhaltung und Wettbewerbsschutz zu begreifen.

II. Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes

Wohl infolge dieser Ausgangsposition sah sich auch der Gesetzgeber der Notwendigkeit enthoben, die sachliche An-

1) vgl. MK I, Tz 207 ff; MK II, Tz 232 ff; MK III, Tz 270 ff

2) vgl. zB MK III, Tz 400 ff; ausführlich dazu Klodt, 82 ff

3) MK II, Tz 405

4) MK II, Tz 405

gemessenheit der Ressourcenvermutungen empirisch zu verifizieren, und berief sich statt dessen kritiklos auf die vom Bundeskartellamt ermittelten Daten zur Unternehmenskonzentration.

1. Aussagewert für konglomerate Zusammenschlüsse

Zwar belegt das statistische Material zur Anschlußklausel, das implizit zur Rechtfertigung der Mittelstandsmarktvermutung in § 23a I 1a und des "Grundgedankens" der 4. Novelle herangezogen wird¹, daß in einigen mittelständisch strukturierten Branchen der Konzentrationsgrad nach dem ersten Eindringen eines Großunternehmens durch Folgefusionen und Serienaufkäufe erheblich gestiegen war².

Die genannten Beispiele betreffen jedoch fast ausschließlich vertikale Zusammenschlüsse³, so daß die erhobenen Daten allenfalls die wettbewerbspolitische Gleichstellung horizontaler und vertikaler Fusionen rechtfertigen können. Für mögliche Negativwirkungen konglomerater Konzentrationsvorgänge⁴ haben sie dagegen generell keinen Aussagewert⁵. Die Behauptung, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse seien als der horizontalen Konzentration "gleichwertiges Mittel zur Erlangung oder Verstärkung marktbeherrschender Macht anerkannt"⁶, kann darüber nicht hinwegtäuschen. Sie ist zudem sachlich falsch:

Weil im Gegensatz zu horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen bei konglomeraten Konzentrationsvorgängen keine "uno actu" eintretende Wettbewerbsbeschränkung erfolgt⁷, werden konglomerate Zusammenschlüsse wettbewerbs-

1) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 13 li, 20 re

2) vgl TB 1976, BT-Dr 8/704, 21 f; TB 1977, BT-Dr 8/1925, 18;

3) vgl für den Bereich der Lack- und Farbenindustrie TB 1976, BT-Dr 8/704, 21; für den Reifenhandel ebd, 22, und TB 1977, BT-Dr 8/1925, 20; für den Brenn- und Baustoffhandel TB 1977, aaO, 20

4) als Synonym für "konglomerat" wird häufig der Begriff "diagonal" verwendet - vgl nur Markert AWD 1965, 251

5) vgl aber RegB, BT-Dr 8/2136, 13 li 1. Abs aE

6) RegB, aaO, 19 re

7) vgl Willeke, 320

politisch häufig am vergleichsweise mildesten beurteilt¹. Darüber hinaus wird unter diesem Oberbegriff zwischen rein konglomeraten und sogenannten komplementären Zusammenschlüssen unterschieden². Die letztgenannten bezeichnen das externe Wachstum von Großunternehmen in angrenzende oder produktverwandte Märkte³, und häufig ist es dieser horizontale Aspekt - vor allem die Ausschaltung potentieller Konkurrenz - welcher die Wettbewerbsgefährdung indiziert⁴.

Schließlich ist auch gerade das wettbewerbspolitische Gewicht der "Finanzkraft" für die spezifische Marktmacht von Konglomeraten sehr umstritten - insbesondere, was die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit internen Verlustausgleichs betrifft⁵.

Die wettbewerbspolitische Gleichbehandlung konglomerater Zusammenschlüsse einerseits und vertikaler und horizontaler Zusammenschlüsse andererseits wird folglich weder von einer empirischen Grundlage noch von einem theoretischen Konsens getragen. Der undifferenzierte Ansatz für die Beurteilung marktübergreifender Konzentrationsvorgänge

-
- 1) dafür Turner, Harv. L. Rev. 1965, 1315; zur Unterscheidung nach Fallgruppen vgl. auch MK I, Tz 909 ff
 - 2) vgl. dazu Steindorff, ZGR 1978, 778 f; Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 407 Fn 1; s. auch Meinhold, FiW 79, 160-170, und Möschel, RabelsZ 1980, 204 mwN
 - 3) v. Woedtke unterscheidet innerhalb dieser Kategorie noch einmal zwischen Markterweiterungs- und Marktverkettungszusammenschlüssen, S. 50 ff
 - 4) typische Beispiele dafür sind die Fälle Procter & Gamble/Clorox - 386 US 568 (1967) - und Sachs/GKN - WuW/E BGH, 1501 ff; zum Fall Procter & Gamble vgl. Markert, AWD 1967, 461 ff; Harms, WuW 1966, 865 ff; zum Fall Sachs/GKN vgl. Steindorff, ZGR 1978, 778 ff sowie die Nachweise auf S. 117
 - 5) Den marktmachtbegründenden Einsatz überragender Finanzkraft halten auch ohne signifikante Marktanteile auf anderen Märkten zB für möglich: Edwards, Conglomerate Bigness, 333; ders, Significance, 151 f; Sander, 245; Böhnke, 208; Veltrup, Ansätze, 210 ff; Belke, ZHR 138 (1974), 258; aa Fischer, WuW 1972, 573; Frankus, 50 ff; Klauss, 227 ff, 231; Böhnke, 209, weist allerdings darauf hin, daß dieser
- Forts. 5) s. nächste Seite

nimmt den Materialien zu § 23a I daher jeden wettbewerbs-theoretischen Aussagewert für dieses Problem¹.

2. Aussagewert für vertikale Zusammenschlüsse

Die vom Bundeskartellamt für die erfolgreiche Eroberung nachgelagerter Märkte durch Großunternehmen angeführten Beispiele² belegen nur einen absoluten Anstieg der Unternehmenskonzentration. Sie informieren aber kaum über deren Ursachen und wettbewerbswirksame Auswirkungen.

Der Tätigkeitsbericht 1977 bezeichnet die geschilderten Zusammenschlußketten letztlich deshalb als "gravieren-des wettbewerbpolitisches Problem", weil sie "zu einer erheblichen Verschlechterung der mittelständischen Unternehmensstruktur führen und - wie das Beispiel des Reifenhandels zeigt - wettbewerblich unerwünschte Folge-fusionen auslösen" können³. Obwohl auch in dieser Äußerung die These mitschwingt, mittelstandsfreundliche Strukturerhaltung gehe mit Wettbewerbsschutz sachlich konform, so läßt die speziell zum Nachweis wettbewerblicher Auswirkungen erfolgte Hervorhebung des Reifenhandels doch Differenzierungsmöglichkeiten anklingen.

Tatsächlich findet eine solche Differenzierung aber nicht statt. Es fehlt an Feststellungen darüber, ob die Expansion der Großunternehmen zB durch Rationalisierungsvorteile zu einer effizienteren Marktversorgung ge-

5) Forts.

Meinungsstreit von nur geringer praktischer Bedeutung sei, da es kaum Großunternehmen ohne überragende Stellung auf irgendeinem Markt geben dürfte.

- 1) Die RegB zur 2. Novelle, BT-Dr VI/2520, 30 li hatte die Ressourcentheorie dagegen noch differenziert und die Ausschaltung potentieller Konkurrenz herausgestellt als "im Grenzbereich zwischen horizontaler und diagonaler Konzentration" angesiedelt
- 2) vgl S. 74 mN
- 3) BT-Dr 8/1925, 19

führt hat oder nicht¹. Auch finden sich keine Verlautbarungen über die Wettbewerbsintensität auf den nunmehr von Großunternehmen wesentlich geprägten Märkten².

Ebenso fehlt es an Untersuchungen über die wettbewerbswirksamen Auswirkungen von "Elefantenhochzeiten". Insbesondere wurde versäumt, wettbewerbschädliche Folgen jener Großfusionen nachzuweisen, die in der Vergangenheit nicht untersagt werden konnten, von § 23a I 2 aber jetzt tatbestandlich erfaßt wären³. Nach einer frühen Feststellung der Monopolkommission ist es allerdings gerade im Bereich von Großfusionen "bisher am wenigsten gelungen..., den Zusammenhang zwischen steigender Unternehmenskonzentration ... und Entstehung überragender Marktstellungen erkennbar werden zu lassen"⁴. Hier hätte jedoch der Gesetzgeber die Chance gehabt, das Regelungsbedürfnis und die Sachgerechtigkeit der Größenkriterien durch eine konkrete ex post - Betrachtung empirisch zu begründen. Daß er nicht einmal den Versuch unternommen hat, sie wahrzunehmen, begründet den Verdacht, daß der Zusammenhang zwischen Unternehmenskonzentration und Wettbewerbsgefährdung nicht nur schwer "erkennbar" ist, sondern häufig gar nicht existiert.

-
- 1) in den USA dagegen wurden schon 1964 umfangreiche Hearings eingeleitet, insbesondere über die Auswirkungen der Konzentration auf die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Unternehmen - vgl dazu Markert, DB 1969, 449 ff
 - 2) in den USA existiert dagegen ein breit angelegter Erfahrungsbericht über die ersten 27 Jahre wirksamer Fusionskontrolle nach § 7 Clayton Act nF aus dem Jahre 1978 - vgl dazu Hölzler, WuW 1980, 729
 - 3) zB der Fall Thyssen/Rheinstahl - vgl TB 1974, BT-Dr 7/3791, 36 re
 - 4) MK I, Tz 853

III. Untersuchung zur Wettbewerbslage kleiner und mittlerer Unternehmen

Die Zweifel an der sachlichen Identität zwischen Antikonzentrationen- und Wettbewerbspolitik werden zusätzlich genährt durch eine Untersuchung zur Wettbewerbslage kleiner und mittlerer Unternehmen, die die Industrie- und Handelskammer Koblenz im Februar 1977 veröffentlicht hat¹.

Zwar gaben insgesamt 27 % der 1.800 befragten Mittelständler an, in ihrer Branche seien in den letzten Jahren Übernahmen oder maßgebliche Beteiligungen durch andere Unternehmen oder dahinlautende Angebote erfolgt. Auch handelte es sich dabei in drei von vier Fällen um Übernahmen und Offerten durch Großunternehmen².

Insgesamt standen jedoch nur 22 % der Industriebetriebe in direktem Wettbewerb mit Großunternehmen, die einen "erheblichen" Marktanteil hatten², und mußte nur jedes achte Unternehmen (12 %) sich auf seinem Absatzmarkt mit Großunternehmen als Marktführern auseinandersetzen³. 44 % aller Industriebetriebe gelang es dagegen, durch gezielte Spezialisierung den unmittelbaren Wettbewerb mit Großunternehmen zu vermeiden⁴. Generell machte die Konkurrenz aus dem eigenen Lager der mittelständischen Industrie mehr zu schaffen als die durch Großunternehmen⁵. Ein wesentliches Fazit der Untersuchung lautete dementsprechend, "daß die Gefahr einer Einengung oder Vernichtung der Selbständigkeit und Entfaltungsmöglichkeit kleiner und mittlerer Betriebe durch Großunternehmen auf den meisten industriellen Teilmärkten wesentlich überschätzt, in vielen Fällen sogar überhaupt nicht möglich ist"⁶.

1) "Kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerb", zusammengefaßt in WuW 1977, 306 f; vgl. dazu Darscheid, WuW 1979, 517 ff

2) WuW 1977, 306 re

3) WuW 1977, 307 li

4) WuW 1977, 306 li

5) ebd, 306 re

6) ebd, 307 li (Hervorhebungen von Verf)

Schon diese Ergebnisse zeigen, daß der Kampf gegen Unternehmenskonzentration an sich und die Abschottung mittelständischer Märkte vor dem weiteren Zutritt von Großunternehmen nicht unbedingt nur dem Ziel dienen, wettbewerbswirksame Strukturen zu erhalten¹. In den Fällen, in denen die Mittelständler sich vor der Konkurrenz durch Großunternehmen sicher und deshalb möglichen Spezialisierungs- und Qualitätsanstrengungen weitgehend enthoben sähen, bedeutete Mittelstandsschutz intentionswidrig gerade den Verzicht auf effizienz- und qualitätssteigernden Wettbewerb². Eine wettbewerbsfremde, uU sogar wettbewerbsfeindliche Besitzstandswahrung für den Mittelstand³ vermag aber den Kampf gegen Unternehmenskonzentration an sich wettbewerbspolitisch nicht zu rechtfertigen⁴.

Die Feststellung, daß die Marktmacht von Großunternehmen in anderen Wirtschaftsbereichen größeres Gewicht hat als in den industriell produzierenden Branchen⁵, unter-

-
- 1) vgl aber die Schutzzweckdefinition des BGH im Fall Sachs/GKN, WuW/E 1506: "Der Zweck der Zusammenschlußkontrolle ist, eine Unternehmenskonzentration zu verhindern, die die strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt derart verändert, daß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet, von einer bestimmten Schwelle ab der Wettbewerb noch mehr eingeschränkt wird oder aber sich die Chance für ein Wiederaufleben des erlahmten Wettbewerbs sich noch mehr verschlechtert."
 - 2) Nach Harms, FIW 81, 77, werden dadurch "Naturschutzparke für Schlafmützen-Konkurrenten" geschaffen
 - 3) Harms, FIW 98, 14, vergleicht diese Form der Protektion mit dem mittelalterlichen Zunftzwang
 - 4) schon Bartholomeyczik, GK (1963), §§ 23, 24 Anm 23, S 731, äußerte sich dahingehend, daß "wir ohne bestimmte Konzentrationsvorgänge nicht auskommen, daß nicht jeder Konzentrationsvorgang schädlich ist, daß vor allem wirtschaftliche Konzentration nicht schon Marktmacht bedeutet". - vgl auch S. 12
 - 5) so weisen zum Beispiel der Handels- und Dienstleistungssektor weniger flexible Marktversorgungsbedingungen auf, WuW 1977, 306 li

streicht nur die Notwendigkeit wettbewerbspolitischer Differenzierung.

Die Untersuchung der IHK Koblenz zeigt darüber hinaus, daß wettbewerbsbezogene Differenzierungen nicht nur nach Wirtschaftsbereichen, sondern auch nach einzelnen Sparten und sogar nach der Größe der mittelständischen Konkurrenten möglich sind: In die Gesamtzahl von 44 % solcher Unternehmen, die den zunehmenden Wettbewerbsdruck von Großunternehmen durch gezielte Spezialisierung erfolgreich abfangen konnten¹, gingen Einzelerhebungen ein, denen zufolge zB nur 34 % der Unternehmen mit mehr als 100 Beschäftigten den Wettbewerb mit Großunternehmen vermeiden konnten. Im Investitionsgütersektor betrug der Anteil derart erfolgreicher Unternehmen dagegen 51 %². Die Analyse wettbewerbswirksamer Auswirkungen von Konkurrenzsituationen zwischen großen und mittelständischen Unternehmen ließe sich bei entsprechendem Ermittlungsaufwand sicher bis in einzelne Branchen und Märkte hinein fortsetzen.

Bereits die vorhandenen, zugegeben grobrastrigen und für die gesamte deutsche Wirtschaft nicht repräsentativen Daten widerlegen jedoch prima facie die Annahme, Wettbewerbsschutz und Mittelstandspolitik seien durch allgemein strukturhaltende Antikonzentrationspolitik im Bereich von Großunternehmen grundsätzlich einheitlich, dh ohne innere Zielkonflikte und sachliche Widersprüche, zu verwirklichen³.

IV. Ergebnis

Resümierend läßt sich feststellen, daß die kaum als ernsthaft zu bezeichnenden Erkenntnisbemühungen des Gesetzgebers nicht geeignet sind, seine wettbewerbstheoretische

1) zu den Möglichkeiten gegengewichtiger Marktmachtbildung vgl Moog, besonders S 59 ff zu Kooperationsstrategien

2) WuW 1977, 306 li

3) zu Interdependenzen zwischen erfolgreicher Strukturpolitik und rigoroser Wettbewerbspolitik vgl Ehrenberg, WuW 1976, 722 f

Prämisse zu verifizieren. Das vorhandene statistische Material ist zu dürftig, um repräsentative Ergebnisse zu erbringen. Soweit es vom Gesetzgeber herangezogen wurde, besitzt es für die spezifische wettbewerbspolitische Problematik darüber hinaus gar keinen unmittelbaren Aussagewert. Soweit der Gesetzgeber es unerwähnt gelassen hat¹, widerspricht es seiner tatsächlichen Annahme sogar.

Folglich fußt die Gleichsetzung von ressourcenaktiver Konzentration und Wettbewerbsgefährdung nicht auf tatsächlichen Erkenntnissen², sondern hat dafür überwiegend der Wunsch nach einem gesellschafts- und strukturpolitisch motivierten Antikonzentrationsgesetz Pate gestanden.

Das schließt zwar die auch wettbewerbspolitische Sachgerechtigkeit der einzelnen Vermutungstatbestände des § 23a I noch nicht verbindlich aus; denn wenn auch die Vorschrift insgesamt von der allgemeinen Prämisse des Gesetzgebers ihre Richtung bezieht, so ist doch immerhin möglich, daß die konkret erfaßten Zusammenschlußkonstellationen auch nach wettbewerbspolitischen Kategorien regelungsbedürftig sind, weil sie "konkretisiert typische wettbewerbliche Gefährdungslagen"³ umschreiben.

Dies könnte infolge der sachlich unzutreffenden Ausgangsbasis des Gesetzgebers aber nur "zufällig" der Fall sein, so daß die wettbewerbspolitische Adäquanz der Vermutungstatbestände nachfolgend mit besonderer Sorgfalt zu überprüfen ist. Nur eindeutige Ergebnisse können die hinsichtlich seiner Sachgerechtigkeit negative Präjudizierung des § 23a I überwinden.

1) die Studie der IHK Koblenz wird nirgends erwähnt, geschweige denn verarbeitet

2) ebenso schon Harms, FIW 81, 74 f

3) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 li

Siebttes Kapitel: Antitrustrechtliche Erkenntnisse in den USA

Das mangelhafte empirische Fundament der 4. Novelle begründet die Notwendigkeit, der wettbewerbspolitischen Einschätzung des § 23a I amerikanische Erkenntnisse rechtsvergleichend nutzbar zu machen¹. Die durch diesen normativen Bezugspunkt bewirkte Beschränkung der Fragestellung auf bestimmte Zusammenschlußkonstellationen erfordert eine gezielte Auswahl des Vergleichsmaterials.

Die Zielsetzung, den Wettbewerbsbezug der einzelnen Vermutungskriterien jeweils möglichst konkret festzustellen, verleiht dabei den Ergebnissen der einzelfallbezogenen Entscheidungspraxis Priorität².

I. Die Vergleichbarkeit der Eingriffstatbestände in § 7 Clayton Act und § 24 I iVm § 22 I 2 GWB

Rechtsgrundlage zur Erfassung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse in den USA ist § 7 Clayton Act in der durch den Celler-Kefauver Act von 1950 novellierten

1) ebenso schon Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 408 f., zur 2. Novelle

2) Daneben existieren auch in den USA viel diskutierte unterschiedliche wettbewerbstheoretische Ansätze für eine als sachgerecht empfundene Fusionskontrolle. Die Auseinandersetzung erfolgt zwischen den Vertretern der hL, begrifflich zusammengefaßt in der "Harvard School", und Protagonisten der sog. "Chicago School". Während die letztgenannte charakterisiert ist durch ausschließlich ökonomische, auf der Preistheorie basierende Zielvorstellungen, die ihrerseits geprägt sind durch Vertrauen in die Selbstregelfunktion des Marktes und generelles Mißtrauen gegenüber staatlichen Eingriffen, folgt die "Harvard School" dem Konzept der Industrial Organization-Lehre. Diese stellt auf empirische, faktorenanalytisch ermittelte Strukturbedingungen ab, aus denen sie Voraussagen über zu erwartende Wettbewerbsprozesse ableitet, und ist im Ergebnis staatlichen Eingriffen eher zugeneigt.

Posner, ein namhafter Vertreter der "Chicago School",
Forts. 2) s. nächste Seite

Fassung¹. Danach verstößt ein Zusammenschluß gegen das Gesetz, wenn sein "effect ... may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly"².

Obwohl der Eingriffstatbestand des Antitrustrechts im Wortlaut von § 24 I abweicht, sind beide Regelungen sachlich dennoch weitgehend identisch: Beide Gesetze dienen dem Ziel, wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen durch die Aufrechterhaltung kompetitiver Wettbewerbsstrukturen zu verhindern. Dies belegen die Merger Guidelines des amerikanischen Justizministeriums von 1968, die der Verwaltungs- und Gerichtspraxis ausgefilterte Richtlinien für die Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 7 Clayton Act enthalten³. Die Merger Guidelines zeigen darüber hinaus, daß beide Rechtssysteme auch in ihrer Kontrollpraxis große Übereinstimmung aufweisen. Danach ist die "erhebliche Verminderung des Wettbewerbs oder die Tendenz zur Errichtung eines Monopols"⁴ mit überwiegend denselben Kriterien zu konkretisieren wie die "Erwartung", daß eine überragende Marktstellung entstehen oder sich verstärken wird.

Die strukturbezogenen Tatbestandsmerkmale in § 22 I 2 -

2) Forts.

stellt beide Konzepte einander gegenüber und weist nach, daß sie sich in einem kontinuierlichen wechselseitigen Annäherungsprozeß befinden: "Differences remain, but increasingly they are technical rather than ideological" - Penns. L. Rev. 1979, 925 ff (948 aE). Einen Überblick über die "Chicago School" und ihre Abweichungen von der hL gibt Kallfass, WuW 1980, 596 mzahlrN

- 1) Der Celler-Kefauver Act trat am 29.12.1950 in Kraft und hat ua die Beschränkung des § 7 Clayton Act aF auf horizontale Zusammenschlüsse aufgehoben. - vgl den Überblick über Entstehung und gegenwärtiges Konzept der amerikanischen Fusionskontrolle bei Neiser, 19 ff, 30 ff
- 2) vollständig abgedruckt ist § 7 Clayton Act nF bei Neiser, 323 f, und Sangmeister, FIW 72, 130
- 3) in Original und deutscher Übersetzung abgedruckt in WuW 1969, 94 ff; zum strukturellen Ansatz der Fusionskontrolle vgl MG Nr. 2, S. 95
- 4) Übersetzung aus WuW 1969, MG Nr. 2, S. 95

Marktanteil, Finanzkraft, Verflechtung und Zugangs-
schränken - werden zur Subsumtion im Rahmen des § 7 Clayton
Act ebenfalls herangezogen¹. Die praktische Sachverwandt-
schaft beider Regelungen beruht darauf, daß § 7 Clayton Act
eine "reasonable probability" für die tatbestandsmäßige
Wettbewerbsschädlichkeit des jeweiligen Zusammenschlusses
voraussetzt². Da folglich § 7 Clayton Act nur eingreift,
wenn infolge des Zusammenschlusses für den Eintritt einer
"erheblichen Verminderung des Wettbewerbs" oder für die Be-
gründung einer "Tendenz zur Errichtung eines Monopols" eine
"vernünftige Wahrscheinlichkeit" spricht, ist auch diese
Vorschrift in ihrem überwiegenden Anwendungsbereich als
marktmachtbezogene Norm zur konkreten Gefahrenabwehr zu
qualifizieren.

Wenn aber die Begriffe "Wettbewerb" und "Monopol" jeweils
auf bestimmte Märkte bezogen sind³ und das Verhalten von
Einzelunternehmen als Funktion der Marktstrukturen zu
begreifen ist⁴, dann muß die Prüfung der Untersagungs-
voraussetzungen denknotwendig eine marktbezogene Analyse
wettbewerbswirksamer Strukturmerkmale beinhalten⁵.

Soweit § 23a I die Entstehung überragender Marktstellun-
gen gem. § 22 I 2 erfassen soll⁶, sind die Untersagungs-

1) vgl im einzelnen MG Nr. 4, 8 (WuW 1969, 98, 100) für
horizontale, MG Nr. 11, 14 (aaO, 101 f, 105) für ver-
tikale und MG Nr. 17, 20 (aaO, 106, 109) für konglo-
merate Zusammenschlüsse; zur Ursächlichkeit US -
rechtlicher Besonderheiten für die größere Unbestimmt-
heit des Tatbestandes in § 7 Clayton Act vgl Neiser,
41 Fm 1 mN

2) Darauf weist zB Justice Stewart in seiner dissenting
opinion zum Fall US v. Von's Grocery Co. - 1966
Trade Cases, § 71, 780, S. 82, 601 - besonders nach-
drücklich hin.

3) zur Marktabgrenzung vgl MG Nr. 3, WuW 1969, 96 - 98

4) vgl MG Nr. 2, WuW 1969, 95

5) Zur Sachverwandtschaft beider Eingriffskriterien vgl
auch den Abkopplungsvorschlag Kantzenbachs, der die
Untersagung an eine "wesentliche Verschlechterung der
Wettbewerbsvoraussetzungen" knüpfte und für die Aus-
legung dieses Begriffes bestimmte: "Eine wesentliche
Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen liegt
insbesondere vor, wenn eine marktbeherrschende Stel-
lung entsteht oder verstärkt wird." - MK II, Tz 493;
s. auch S. 8 f

6) für die Verstärkung einer überragenden Marktstellung
vgl S. 185 f

voraussetzungen beider Rechtssysteme sogar im Detail nahezu kongruent: Wie an späterer Stelle noch ausführlich dargelegt wird, ist die "überragende Marktstellung" als Gefährdungstatbestand zu qualifizieren, der mit "to tend to create a monopoly" am treffendsten charakterisiert ist.¹

Danach läge - was den tatbestandlichen Erfolg der Entstehung einer überragenden Marktstellung betrifft - dem Gesetzeswortlaut zufolge ein Unterschied zwischen deutschem und amerikanischen Recht aber immerhin noch in den unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsanforderungen für den Eintritt eines solchen Gefahrenzustandes. Während nämlich § 24 I durch den Begriff der "Erwartung" voraussetzt, daß mit der wettbewerbschädlichen Entwicklung positiv-konkret zu rechnen sein muß, ist § 7 Clayton dem Wortlaut nach bereits erfüllt, wenn diese Wirkung infolge des Zusammenschlusses eintreten kann - "may be".

Diese Formulierungsunterschiede finden in der materiellen Rechtsanwendung beider Länder jedoch keine Entsprechung. Denn - wie bereits dargestellt - wohnt auch dem amerikanischen Recht die Pflicht zu konkreter Gefahrenabwehr inne, welche den Nachweis einer wenigstens "vernünftigen Wahrscheinlichkeit" für die Wettbewerbsschädigung verlangt. Ist aber die "Möglichkeit" wettbewerbsfeindlicher Zusammenschlußfolgen markt- und strukturbezogen zu plausibilisieren, dann unterscheidet sich die hierfür erforderliche Wahrscheinlichkeit kaum noch von der in § 24 I postulierten Prognosegenauigkeit².

II. Der besondere Problemlösungswert der Entscheidungspraxis zu § 7 Clayton Act

Die Identität der Eingriffskriterien in beiden Rechtssystemen schafft zwar die grundsätzlichen Voraussetzun-

1) vgl. S. 142 f

2) im Ergebnis wohl ebenso Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 409; Steindorff, ZGR 1978, 783, 785; die Vergleichbarkeit der Eingriffskriterien konstatieren auch Purrucker, 154, und Neiser, 40.

gen für einen problemorientierten Rechtsvergleich, doch besagt die Normgleichheit als solche noch nichts über tatsächliche wirtschaftliche Zusammenhänge. Ihren speziell auf § 23a I bezogenen Problemlösungswert bezieht die Praxis zu § 7 Clayton Act deshalb weniger aus dem normativen Gehalt dieser Vorschrift, sondern vielmehr aus dem unterschiedlichen zeitlichen Ansatzpunkt der amerikanischen Fusionskontrolle.

Bis zum Inkrafttreten des Hart-Scott-Rodino Act und der von der Federal Trade Commission¹ erlassenen Premerger Notification Rules im Jahre 1978² existierte nämlich eine präventive Fusionskontrolle in den USA nicht. Weil es im amerikanischen - anders als im deutschen - Recht auch keine Ausschlußfristen für die Untersagung eines Zusammenschlusses gibt, sind gerichtliche Entscheidungen häufig erst Jahre nach Vollzug des Zusammenschlusses ergangen³.

Das gerade begründet aber den besonderen Wert der amerikanischen Fallpraxis für die Lösung der Auslegungssproblematik in § 23a I: Während deutsche Gerichte die Folgen eines Zusammenschlusses in der Regel ex ante beurteilen und eine mangels umfassender statistischer Erfahrungen letztlich theoretische Prognose begründen müssen, betrachteten amerikanische Richter Zusammenschlüsse 27 Jahre lang grundsätzlich ex post.

Zwar besteht keine Gewähr dafür, daß die wettbewerblichen Auswirkungen eines streitigen Zusammenschlusses im

-
- 1) Die Federal Trade Commission (FTC) wurde 1974 durch den FTC Act errichtet und betreibt zusammen mit der Antitrust Division des Department of Justice die Durchsetzung der Antitrustgesetze in den USA - vgl Ebke, RIW/AWD 1979, 297
 - 2) vgl dazu Neiser, 29 f mN; Jander/Brenscheid, RIW/AWD 1977, 204 ff; Ebke, RIW/AWD 1979, 297 ff
 - 3) darauf weist auch Blechman, GRUR Int. 1980, 648 Fn 3a, besonders hin; zur sogenannten post-merger evidence vgl Möschel, RabelsZ 1980, 245

Zeitpunkt der letzten Verhandlung stets eingetreten oder erkennbar waren. Immerhin erging jedoch eine beträchtliche Anzahl von Entscheidungen erst, nachdem die zwischenzeitliche Entwicklung eine spürbare Abnahme der Wettbewerbsintensität hatte offenkundig werden lassen¹.

In Anbetracht der speziellen Besonderheiten der angelsächsischen Case Law-Praxis darf deshalb wohl auf eine besondere Rückwirkung der ex post gefällten Urteile und ihrer tragenden Gründe auf die verbleibenden Prognoseentscheidungen geschlossen werden. Diese Rückwirkung ergibt sich aus der stärkeren Berücksichtigung zurückliegender Einzelfallentscheidungen für die jeweils aktuelle richterliche Urteilsfindung. Der Vergleich ex post als wettbewerbsfeindlich beurteilter Zusammenschluß- und Marktkonstellationen mit ex ante zu beurteilenden Konzentrationsvorgängen wird deshalb in vielen Fällen dazu geführt haben, daß die Prognose gem. § 7 Clayton Act sich auf Kriterien stützte, die sich wenigstens einmal schon als tragfähig erwiesen hatten.

Die amerikanischen Entscheidungen können deshalb Sachverhaltsvarianten und Beurteilungsgesichtspunkte sichtbar machen, welche die Tauglichkeitsdiskussion über die neuen Vermutungskriterien fundiert zu bereichern vermögen².

1) vgl z.B. US v. E.I. du Pont de Nemours & Co, 353 US 586 (1957); Reynolds Metals Co. v. FTC, 309 F. 2d 223 (1962)

2) vgl Steindorff, ZGR 1978, 788; ein Beispiel für diese Rückwirkung liefert die Entscheidung im Fall US v. Alcoa - 233 F. Supp. 718 (1964) - bestätigt durch 382 US 12 (1965) - : Vorläufer war die Untersagung im Fall Reynolds Metals v. FTC - 309 F. 2d 223 (1962), für den wettbewerbsmindernde Auswirkungen, dh Preissenkung und Marktanteilserhöhung beim erworbenen Marktführer, tatsächlich bewiesen waren. Der Alcoa-Entscheidung lag zwar eine vergleichbare Sachverhaltskonstellation zugrunde, jedoch bestanden für eine ähnlich marktmachtverstärkende Wirkung des Zusammenschlusses noch keine konkreten Anhaltspunkte - vgl zu diesen Entscheidungen Blechman, GRUR Int 1980, 648; Möschel, RabelsZ 1980, 240 f; s. auch nachfolgend S. 92 f

Dies und die nunmehr 30jährige Praxis zu § 7 Clayton Act in seiner durch den Celler Kefauver Act novellierten Fassung erlauben es, die danach ergangenen Urteile zur Wettbewerbswirksamkeit vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse unter Beteiligung von finanzstarken Unternehmen als Vergleichsmaßstab für den Realitätsgehalt der einzelnen Vermutungen in § 23a I zu verwenden.

III. Die Entscheidungspraxis zu § 7 Clayton Act

Leider zeichnet die amerikanische Rechtsprechung für die Beurteilung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse kein einheitliches, auf die Problematik des § 23a I unmittelbar übertragbares Bild.

Während horizontale Zusammenschlüsse auch nur nennenswert großer Unternehmen auf konzentrierten Märkten heute praktisch einem per se-Verbot unterstellt sind¹, bemüht sich die Rechtsprechung bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen - noch - um den einzel-

-
- 1) vgl dazu Sangmeister, FIW 119 - 123 mzahlrN; Beispiele für die antikonzentrativ Auslegung des § 7 Clayton Act bei Konkurrenten-Zusammenschlüssen sind die Entscheidungen des Supreme Court in den Fällen US v. Von's Grocery Co.; 384 US 207 (1966) und Pabst Brewing Co., 384 US 546 (1966) - ausführlich besprochen von Markert, WuW 1966, 856 ff. 859 f; zur inhaltlichen Reichweite der per se-Regeln für horizontale Zusammenschlüsse vgl MG Nr. 5-7, WuW 1969, 99 f; die Entwicklung der per se-Regel durch die Rechtsprechung beschreibt v. Woedtke, 34 ff mwN; vgl zu diesem Themenkreis ausführlicher S. 102 ff
- Da sich die Fusionsrechtsprechung mit diesem Trend der schon früher erfolgreichen per se-Praxis zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gem. §§ 1,2 Sherman Act nur angepaßt hat, vgl Sangmeister, FIW 72, 122 aE, verdient die neueste Trendwende in diesem Bereich besondere Beachtung: Im Fall Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc. - 441 US 1 (1979) - bestätigte der Supreme Court, die bereits in der Entscheidung Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. - 433 US 36 (1977) - eingeleitete Tendenz zur Wiederbelebung der "rule of reason" - vgl dazu ausführlich Robinson, Col.L.Rev. 1980, 13 ff: zur Entwicklung der "rule of reason" vgl allgemein Sangmeister, FIW 72, 14 ff

fallbezogenen Nachweis materieller Untersagungsgründe. Für einen Großteil dieser Konzentrationsvorgänge ist es ihr grundsätzlich gelungen, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Clayton Act durch wettbewerbsorientiert typisierte Beurteilungskriterien zu operationalisieren.

Die Merger Guidelines weisen für vertikale Zusammenschlüsse vor allem die Marktanteile der fusionierenden Unternehmen und die Zugangsbedingungen auf den relevanten, durch den Zusammenschluß integrierten Märkten des Käufer- und Lieferunternehmens als wettbewerbswirksam aus¹.

Während vertikale Konzentrationsvorgänge insgesamt mit diesen Kriterien im wesentlichen zufriedenstellend erfaßt werden können, anerkennt die Praxis bisher nur "two categories of conglomerate mergers as having sufficiently identifiable anticompetitive effects"². Gegenstand wettbewerbspezifischer Typisierung sind danach nur solche Zusammenschlüsse, durch die entweder potentieller Wettbewerb ausgeschaltet³ oder aber die Gefahr wechselseitiger Lieferbeziehungen⁴ (reciprocal dealing) geschaffen wird⁵. Sonstige Formen marktüber-

1) vgl. MG Nr. 12, 13, WuW 1969, 103 ff

2) MG Nr. 17, WuW 1969, 106

3) vgl. MG Nr. 18, WuW 1969, 107 f

4) vgl. MG Nr. 19, WuW 1969, 108 f

5) Die amerikanische Rechtsprechung zur antitrustrechtlichen Beurteilung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse unter den im Text genannten Gesichtspunkten ist zuletzt in den Dissertationen v. Woedtkes (1977) und Neisers (1979) erschlossen und ausführlich ausgewertet worden. Auf diese Arbeiten wird deshalb verwiesen - für vertikale Zusammenschlüsse vgl. v. Woedtkes, 41 ff, und Neiser, 191 ff. Zu Erfahrungen mit der "potential competition doctrine" vgl. v. Woedtkes, 54 ff, und - besonders ausführlich - Neiser, 216 ff, mit eingehender Darstellung des Meinungsstandes zur Definition des potentiellen Wettbewerbs, 222 ff. Zu diesem letzten Punkt vgl. zusätzlich Glaser, AWD 1973, 516 ff, und besonders die sorgfältige Analyse von Bauer, B.L.Rev. 1978, 203 ff, der die
Forts. 5) s. nächste Seite

greifender Konzentration dagegen entziehen sich bis heute einer allgemeinen, wettbewerbsbezogenen Kategorisierung. Problematisch ist vor allem die den Eingriffsvoraussetzungen des § 7 Clayton Act adäquate Gewichtung der Finanzkraft und diesbezüglich insbesondere die wettbewerbspolitische Beurteilung der "pure conglomerates".¹

Ist es demnach "selbst unter den günstigen Voraussetzungen des amerikanischen Antitrustrechts" nicht gelungen, die konglomeraten Zusammenschlüsse "auf der Basis eines für die gesamte Fusionskontrolle geltenden Wettbewerbsmaßstabes zufriedenstellend in den Griff zu bekommen"², steht die rechtsvergleichende Betrachtung der antitrustrechtlichen Entscheidungspraxis unter dem generellen Vorbehalt ihres noch nicht ausgereiften Entwicklungsprozesses³.

5) Forts.

"potential competition doctrine" in ihrer doppelten Ausprägung, der "actual potential entrant theory" (S.204 ff) und der "perceived potential entrant theory" (S.219 ff), mit ausführlichen Rechtsprechungenachweisen erläutert. Zum "reciprocal dealing" vgl die Besprechung der Entscheidung FTC v.Consolidated Foods Corp., 380 US 592 (1965), bei v.Woedtke, 57 f; weitere Beispiele für die Berücksichtigung reziproker Geschäftspraktiken bei Neiser, 234 - 237

- 1) Zwar bemühte sich die FTC, konglomerate Zusammenschlüsse mit der Begründung zu verhindern, steigende Konzentration ziehe grundsätzlich Wettbewerbsbeeinträchtigungen nach sich. Diese Auffassung (geteilt von Kantzenbach, WA-Prot 8/53, 105) wurde, bis auf eine rechtskräftige Ausnahme, von den Untergerichten bisher jedoch abgelehnt - vgl dazu I.Schmidt, AWD 1972, 276 f, und nachfolgend S.101 ff mwN
- 2) Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 420
- 3) In der antitrustrechtlichen Lit. haben sich in jüngster Zeit besonders Areeda/Turner (Penns.L.Rev.1979, 1082 ff) bemüht, für konglomerate Zusammenschlüsse justiziable, wettbewerbsbezogene Beurteilungskriterien zu entwickeln. Die Autoren beschäftigen sich dabei vor allem mit gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnissen rivalisierender Unternehmen auf mehreren - unverbundenen - oligopolistisch strukturierten Märkten. - Vgl auch die wohl fundierteste Auseinandersetzung mit der Problemlösung für konglomerate Zusammenschlüsse durch die US-Rechtsprechung bei Möschel, RabelsZ 1980, 216 ff

Dies ist umso bedauerlicher deshalb, weil gerade konglomerate Zusammenschlüsse im Brennpunkt des durch § 23a I ausgelösten Orientierungsinteresses stehen. Besonders auf die Bekämpfung von "pure conglomerates" zielt doch die Prämisse des deutschen Gesetzgebers, Unternehmensgröße "an sich" führe bereits zu Risiken für den Wettbewerb¹, und Zusammenschlüsse, "die durch das Entstehen bzw. die Beteiligung von disproportionalen Unternehmensgrößen gekennzeichnet sind", tendierten "zu Marktbeherrschung oder ihrer Verstärkung"².

Da sich diese allgemeine Annahme durch die einzelnen Vermutungstatbestände in § 23a I jedoch fallgruppen-spezifisch individualisieren läßt, kann der Überprüfung ihrer Sachgerechtigkeit die insoweit einschlägige Einzelfallpraxis in den USA auch nutzbar gemacht werden. Bezugnehmend auf die dem § 23a I zugrundeliegende Kernthese von der generellen Wettbewerbsgefährdung durch überragende Finanzkraft³, soll nachfolgend speziell untersucht werden, welcher Realitätsgehalt dieser Annahme, in den USA als "deep pocket doctrine" bezeichnet, nach amerikanischen Erkenntnissen tatsächlich innewohnt⁴.

1) vgl. RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li

2) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

3) vgl. dazu ausführlich S. 68 ff

4) Die "deep pocket doctrine" - grundlegend dafür Edwards, Conglomerate Business, 331 ff - wurde entwickelt, um konglomerate Zusammenschlüsse über die im Text genannten Fallgruppen hinaus zu erfassen. Sie baut auf der Annahme rein finanzkraftbedingter Wettbewerbsvorteile von Großunternehmen auf und wurde perfektioniert durch die deutsche Ressourcentheorie, die in § 22 I 2 gesetzlichen Ausdruck gefunden hat und zusätzlich Marktzugang, Verflechtungen und Marktzutrittsschranken einer umfassenden Gesamtbetrachtung unterwirft. Indem die 4. Novelle vornehmlich abstellt auf "die mit der Unternehmensgröße wachsenden Bestandsgarantie, die u.a. in einem leichteren Zugang zu den Geldmärkten und einer relativ höheren Kreditbereitschaft der Banken ihren Niederschlag findet" (RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li), erhebt sie letztlich die - vermutete - Finanzkraft zum ausschlaggebenden Kriterium. Sie nähert sich damit wieder der "deep pocket doctrine", so daß die wettbewerbspolitische Adäquanz des § 23a I an ihrer Sachgerechtigkeit gemessen werden kann.

1. "Deep Pocket Doctrine" und disproportionale Unternehmensgröße bei vertikalen Zusammenschlüssen¹

Die erste Untersagung, die sich auf die "deep pocket doctrine" stützte, erging 1962 und betraf den Erwerb der Arrow Brands Inc. durch die Reynolds Metals Co. im Jahre 1956². Reynolds Metals war seinerzeit der weltgrößte Hersteller von Aluminium-Folie mit einem inneramerikanischen Produktionsanteil von 40,5%³, Arrow Brands ein weiterverarbeitender Betrieb, der durch Buntdruck und Verformung Alu-Dekorationsfolie für Blumentöpfe und -sträuße (florist decoration foil) herstellte und in diesem Herstellungsbereich mit einem Produktionsanteil von 33% den Markt anführte⁴. Diese vertikale Konzentration hatte nachweisbar zu einem Ressourcenzuwachs bei der erworbenen Firma Arrow Brands geführt, die dementsprechend nach Vollzug des Zusammenschlusses ihre Preise tatsächlich gesenkt und dadurch Marktanteile hinzugewonnen hatte.

Wohl weil es sich in diesem Fall um eine beweissichere ex post-Beurteilung handelte, beschränkte das Gericht den Aussagewert seiner Entscheidung auf den konkreten Einzelfall. Ausdrücklich verwahrte es sich dagegen, "daß das bloße Eindringen von 'Größe' in einen Markt, auf dem im übrigen nur wirtschaftliche Zwerge tätig sind⁵, per se gegen den Clayton Act verstößt"⁶.

Vermutlich aufgrund der für diesen Fall positiv festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen wurden in der Folgezeit sachverhaltsähnliche Zusammenschlüsse untersagt,

1) Die Ausführungen zu diesem Punkt bauen auf die Publikation von Blechman, GRUR Int. 1980, 647 ff, auf.

2) FTC v. Reynolds Metals Co., 309 F.2d, 223 (1962), ausführlich besprochen von Sandrock, 74 ff

3) aaO, 225 li

4) aaO, 225 re

5) Bezogen auf den Gesamtmarkt für Aluminium-Folie, die auf unterschiedlichste Weise Verwendung finden kann, betrug der Nachfrageanteil der Arrow Brands Inc. und sieben weiterer Hersteller von "florist decoration foil" insgesamt nur knapp 1% - vgl. FTC v. Reynolds Metals Co., 309 F.2d 225 re, 227 re.

6) 309 F.2d, 230, übersetzt von Blechman, GRUR Int. 1980, 648 re

ohne daß ein konkreter Nachweis für wettbewerbsschädliche Auswirkungen verlangt worden wäre¹.

Im Fall US v. Kennecott Copper Corp. wurde die Wettbewerbsfeindlichkeit des Zusammenschlusses maßgeblich mit der Gefahr von Serienaufkäufen begründet, welche die mittelständische Struktur des Marktes für die kupferverarbeitende Industrie zerstören würden²:

"The problem is that a few bigger copper producer may buy up the available independent fabricators. Fabrication would cease being a small business field and would be dominated by a few giant corporations which produce their own copper. The remaining independent fabricators would fail because they could not compete against fabricators with assured sources of supply and large amounts of capital."

2. "Deep Pocket Doctrine" und disproportionale Unternehmensgröße bei diagonalen Zusammenschlüssen

Der Fall FTC v. Procter & Gamble³ warf als erster die generelle Frage nach der wettbewerbspolitischen Beurteilung diagonalen Zusammenschlüsse auf⁴. Es handelte

1) vgl US v. Alcoa, 233 F.Supp. 718 (1964), bestätigt durch 382 US 12 (1965); US v. Kennecott Copper Corp., 231 F.Supp 95 (1964), bestätigt durch 381 US 414 (1965) - zu beiden Fällen vgl Zohlhöfer, 150 ff; zur Rückwirkung von ex post entschiedenen Fällen auf Prognoseentscheidungen vgl schon S. 86 f

2) 231 F.Supp. 95 (103 f)

3) 386 US 568 (1967)

4) Zwar hatte der Supreme Court bereits 1965 erstmals einen diagonalen Zusammenschluß untersagt - vgl FTC v. Consolidated Foods Corp., 1965 Trade Cases, § 71, 432, doch hatte dieser konkret zur Folge, daß für viele Lebensmittelproduzenten der Lieferant eines Vor- bzw Beiproduktes identisch wurde mit Abnehmern des Endproduktes. Er schuf so den besonderen Tatbestand einer "reciprocal purchasing power" (wechselbezügliche Nachfragemacht) und damit die Möglichkeit zu Gegengeschäften - vgl dazu Markert, AWD 1965, 225 li; Möschel, RabelsZ 1980, 243 ff

sich dabei um einen komplementären Zusammenschluß, durch den der finanzstarke Seifen- und Reinigungsmittelhersteller Procter & Gamble auf den von Clorox beherrschten, produktverwandten Markt flüssiger Bleichmittel expandierte. Neben der erworbenen Firma Clorox wurde dieser Markt vorwiegend von mittelständischen Unternehmen versorgt¹.

Zur Rechtfertigung der Untersagung stützte sich der Supreme Court - ähnlich wie der Bundesgerichtshof im Fall Sachs/GKN - im Wege der Tatsachenbehauptung auf die abschreckende Wirkung der überragenden Finanzkraft von Procter & Gamble². Die Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Preisführerschaft dieses Unternehmens begründete er konkret mit der Annahme, daß die kleineren Wettbewerber "als Folge des Zusammenschlusses aufgrund ihrer Furcht vor Vergeltungsmaßnahmen seitens Procter vorsichtiger in ihrem Wettbewerbsverhalten werden"³.

Der Supreme Court machte sich damit die Begründung der FTC zu eigen, die für die Annahme einer fusionsbedingten Abschreckungswirkung auf eine Prognose über bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verzichteten

-
- 1) Als "Musterentscheidung" für die Beurteilung konglomerater bzw komplementärer Zusammenschlüsse wurde das Urteil des Supreme Court in der Lit. ausführlich gewürdigt - vgl etwa Markert, AWD 1967, 463 re; ders., Beurteilungsgesichtspunkte, 407 ff; Harms, WuW 1966, 865 ff; v. Woedtke, 51 ff; Möschel, RabelsZ 1980, 235.
 - 2) Die Begründung des BGH im sachlich ähnlich gelagerten Fall Sachs/GKN ist der des Supreme Court in vielen Punkten nachempfunden - vgl WuW/E BGH, 1505 ff, einerseits und die Darstellung der Entscheidungsgründe im Fall Procter & Gamble bei Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 410 ff, andererseits. Beide Zusammenschlüsse teilen auch das Schicksal einer wechselseitigen Beurteilung in den Vorinstanzen - vgl dazu Gleiss, AWD 1969, 500 re; ausführlicher Markert, AWD 1966, 426 ff.
 - 3) übersetzt von Blehman, GRUR Int. 1980, 649 li

zu können glaubte. Die FTC vertrat nämlich folgende Auffassung: "... die Bedingungen, die den Wettbewerb auf einem Markt zum Erlahmen bringen, sind zu einem großen Teil psychologischer Art. Sie ergeben sich aus der Einschätzung der Wettbewerber über ihre gegenseitigen Absichten, statt aus diesen Absichten und den hieraus folgenden Situationen selbst"¹.

Es ist das Verdienst von Justice HARLAN, in seiner berühmten concurring opinion auf den rein spekulativen Charakter dieser durch konkrete Anhaltspunkte nicht verifizierten Prämisse hingewiesen zu haben²:

"It could be equally assumed that the smaller firms would become more aggressive in competing due to their fear that otherwise Procter might ultimately absorb their markets and that Procter, as a new entrant in the bleach field, was vulnerable to attack. But assumption is no substitute for reasonable probability as a measure of illegality under § 7..."

HARLAN stellte damit heraus, daß die Begründung der Richtermehrheit, derzufolge weder der tatsächliche Einsatz der hinzugewonnenen Finanzkraft, noch ihre Wettbewerbswirksamkeit auf dem relevanten Markt überhaupt entscheidungserheblich waren³, das Rechtswidrigkeitsurteil nach § 7 Clayton Act nicht tragen konnte⁴.

- 1) übersetzt von Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 411 mN; vgl ausführlich zur Argumentation der FTC v. Woodtke, 52 ff
 - 2) 386 US 568 (584); vgl dazu die Übersetzung von Blechman, GRUR Int. 1980, 649 li
 - 3) ähnlich die Kritik von Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 412
 - 4) zur inhaltsgleichen Kritik am Sachs/GKN-Beschluß des BGH vgl S. 122 f; dem Tenor der Entscheidung des Supreme Court pflichtete Harlan jedoch bei, weil die in der Mehrheitsbegründung nicht erörterten Faktoren im Ergebnis doch für eine Wettbewerbsgefährdung sprachen: Auf dem von Clorox angeführten Markt fand infolge der chemischen Identität aller flüssigen Bleichmittel vorwie-
- Forts. 4) s. nächste Seite

Er beanstandete insbesondere, daß der Supreme Court in diesem ersten Fall grundsätzlicher Bedeutung die Chance versäumte, allgemein aussagekräftige Richtlinien zu entwickeln¹.

Inhaltlich verlangte HARLAN, daß die "vernünftige Wahrscheinlichkeit" für den Eintritt wettbewerbsbeschränkender Wirkungen nicht nur aus dem ex post zu beobachtenden Unternehmensverhalten², sondern vor allem aus der Analyse struktureller Kriterien, z.B. Konzentrationsgrad und Marktzugangsbedingungen, abzuleiten sei. Zwar dürfe die zuständige Behörde für die Prognose zugrundelegen, daß der Markt nach allgemein anerkannten Wirtschaftstheorien funktioniere, doch müsse sie diese Vermutung für eine Widerlegung durch tatsächliche Ausnahmekonstellationen offenhalten³.

Die Folgeentscheidungen zu marktübergreifenden Zusammenschlüssen beherzigten den Hinweis HARLAN's auf den normativen Gehalt von § 7 Clayton Act. Sie trugen seiner Eigenschaft als konkretem Gefährdungstatbestand Rechnung, indem sie die tragenden Entscheidungsgründe im Fall Procter & Gamble mit Rücksicht auf den dort entschiedenen Sachverhalt⁴ einschränkend auslegten⁵.

4) Forts.

gend Reklamewettbewerb statt. Clorox hatte seinen Marktanteil nur durch Reklamekämpfe gewonnen, und Procter & Gamble war das Unternehmen mit dem größten Werbeaufwand in den USA - vgl. Blechman, GRUR Int. 1980, 649 mN

- 1) vgl. die im Original wiedergegebene Passage bei Steindorff, ZGR 1978, 781 Fn 12
- 2) zum ex post-Ansatz der amerikanischen Fusionskontrolle bis 1978 vgl. schon S. 86; der Fall Procter & Gamble wurde erst 9 Jahre nach Vollzug des Zusammenschlusses vom Supreme Court entschieden.
- 3) vgl. die ausführliche Darstellung der concurring opinion von Justice Harlan bei Markert, AWD 1967, 462 ff, 463 re
- 4) zu den tatsächlichen Bedingungen, die das Urteil im Ergebnis rechtfertigten vgl. S.95 Fn 4
- 5) vgl. Blechman, GRUR Int. 1980, 649 re

3. "Deep Pocket Doctrine" und Wettbewerbsgefährdung - Ergebnisse

Vor dem Hintergrund einer - wie von HARLAN postuliert - spezifisch wettbewerbsorientierten Betrachtungsweise gegenüber marktübergreifenden Zusammenschlüssen haben sich für die Anwendung der "deep pocket doctrine" zwei Grundbedingungen herauskristallisiert.

Erste Voraussetzung für eine "vernünftige Wahrscheinlichkeit" wettbewerbsfeindlicher Auswirkungen ist die marktbeherrschende Stellung des erworbenen Unternehmens schon v o r Zusammenschluß¹. Die wettbewerbsfeindliche Wirkung solcher Konzentrationsvorgänge soll in der Absicherung ("entrenchment") und damit der Stärkung der Marktposition des erworbenen Unternehmens liegen².

Zweite Voraussetzung ist die erfolgreiche Plausibilitätskontrolle der "entrenchment theory" für den konkreten Einzelfall. Es ist dementsprechend zu untersuchen, ob die jeweiligen Marktbedingungen das "deep pocket" des Großunternehmens als grundsätzlich wettbewerbswirksam ausweisen. Ferner muß der Finanzkraftzuwachs spürbar sein: Eigene Finanzkraft und geschäftliches Verhalten des erworbenen Unternehmens dürfen nicht die Möglichkeit ausschließen, daß die zusätzlichen finanziellen Ressourcen für die Erweiterung seines Verhaltensspiel-

1) vgl die schon besprochenen Fälle FTC v. Reynolds Metals Co., 309 F.2d 223 (1962); US v. Alcoa, 382 US 12 (1965) und US v. Kennecott Copper Corp., 381 US 414 (1965); speziell für konglomerate Zusammenschlüsse vgl ferner FTC v. General Foods Corp., 391 US 919 (1968), US v. Wilson Sporting Goods Co., 288 F.Supp. 543 (1968) und FTC v. Kennecott Copper Corp., 416 US 909 (1974) - zum Sachverhalt dieser Entscheidungen vgl Blechman, GRUR Int. 1980, 649 Fn 19,20

2) zur sog. "entrenchment theory" vgl zB. Emhart Corp. v. USM Corp., 1975 - 2 Trade Cases § 60, 598; US v. Black & Decker Manufacturing Corp., 430 F.Supp. 729 (1976) - besprochen von Möschel, RabelsZ 1980, 238, 240, der die entrenchment-Lehre auch konzeptionell eingehend würdigt (aaO, 234 ff)

raums ursächlich werden können¹.

Wettbewerbsfeindlich ist ein "deep pocket"-Zusammenschluß also nur dann, wenn einerseits die Finanzkraft auf dem relevanten Markt für den Wettbewerb eine entscheidende Rolle spielt und andererseits der Finanzkraftzuwachs dem erworbenen Unternehmen einen im Vergleich zu seinen eigenen Möglichkeiten spürbar erweiterten Verhaltensspielraum eröffnet². Daran kann es im Ergebnis auch deshalb fehlen, weil die anteilsschwächeren Konkurrenten ebenfalls über große Ressourcen verfügen; entweder, weil es auch Großunternehmen, oder aber in ihrer Erscheinungsform zwar kleine Unternehmen sind, die jedoch überwiegend als Tochtergesellschaften von "wirtschaftlichen Riesen" kontrolliert werden. dert die Finanzkraft des hinzutretenden Großunternehmens die Wettbewerbsbedingungen nicht oder nur unwesentlich³.

-
- 1) vgl ausführlich zur Entscheidungspraxis in diesem Punkt Blechman, GRUR Int. 1980, 649 f mzahlrN
 - 2) Daß es möglich ist, jeweils marktbezogene Feststellungen über die Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft im allgemeinen und die konkrete, potentielle Ursächlichkeit des Finanzkraftzuwachses für einen "entrenchment"-Effekt im besonderen zu treffen, haben deutsche und amerikanische Entscheidungen gleichermaßen bewiesen - für Deutschland vgl insbesondere die auf S.115 dieser Arbeit besprochenen Entscheidungen und WuW/E OLG, 1754 - 1756 (Sachs/GKN); zahlreiche Beispiele aus der amerikanischen Rechtsprechung erläutert Blechman, GRUR Int. 1980, 650 mN; vgl auch ebd, 651 Fn 36
 - 3) vgl Missouri Portland Cement Co. v. Corgill, Inc., 488 F.2d 851 (1974): Es handelte sich um einen Zusammenschluß in der Zementindustrie, für die "das deep pocket-Konzept eher theoretische als praktische Bedeutung hat, da viele Unternehmen in dieser Branche bereits von wirtschaftlichen Riesen kontrolliert sind." Der Zusammenschluß wurde nicht untersagt, weil mit einer nachteiligen Wirkung der Ressourcen des erworbenen Unternehmens aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu rechnen war - aaO, S. 865 (Zitat übersetzt von Blechman, GRUR Int. 1980, 651 re)

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend gestatten die von den US-Gerichten ex post entschiedenen Fälle für marktübergreifende Zusammenschlüsse die tatsächliche Feststellung, daß sich ein Finanzkraftzuwachs allein, d.h. ohne daß weitere wettbewerbserhebliche Umstände hinzutreten¹, in der Regel nur dann wettbewerbsgefährdend auswirkt, wenn er

1. einem bereits vor dem Zusammenschluß marktbeherrschenden Unternehmen zugute kommt und²
2. die Wettbewerber auf den beherrschten Märkten disproportional kleiner sind als das hinzutretende Großunternehmen.³

Auch nach den Ergebnissen der amerikanischen Rechtsprechung⁴ entbehrt folglich die in der deep pocket doctrine enthaltene These von den als wettbewerbsgefährdend zu bekämpfenden per se-Risiken überragender Finanzkraft und ressourcenaktiver Unternehmenskonzentration an sich einer tatsächlichen Grundlage jedenfalls insoweit, als sie in den §§ 23a I 1a und 23a I 1b konkreten Ausdruck gefunden hat. Zwar ist nicht auszuschließen, daß die Verbindung von Finanzkraft und Marktmacht ein "entrenchment" der überragenden Marktstellung zur Folge hat.

Konkret wahrscheinlich ist dies jedoch nur, wenn mindestens drei Faktoren hinzutreten:

1. Die Marktgegenseite, d.h. die Konkurrenz des von dem Großunternehmen erworbenen Marktbeherrschers, ist vorwiegend mittelständisch strukturiert⁵.
2. Der relevante Markt weist finanzielle Ressourcen als generell wettbewerbswirksam aus.

-
- 1) Vgl zur beschränkten Zielsetzung der hier angestellten rechtsvergleichenden Betrachtung S. 88 - 91 mit ausführlichen Nachweisen.
 - 2) Unzutreffend ist deshalb die Schlußfolgerung v. Woedtkes, 91, die disproportionale Größe des vordringenden Unternehmens allein habe "in aller Regel" zur Untersagung geführt. Die FTC selbst erkennt zB das Eindringen von Großunternehmen in mittelständische Märkte durch Erwerb relativ undeutender Unternehmen (toehold acquisition) als w e t t b e w e r b s b e l e b e n d a n - vgl Bendix Corp. v. FTC, 1971 Trade Cases § 73, 724
 - 3) vgl dazu auch MG Nr. 20 zu I., WuW 1969, 109
 - 4) zur Auswertung deutscher Erkenntnisquellen vgl S. 80 f
 - 5) Das folgt aus der Bedingung eines disproportionalen Größenunterschiedes - ebenso Blechmann, GRUR Int. 1980, 651 re

3. Das erworbene Unternehmen kann in Ermangelung eigener Finanzkraft ressourcenaktive Wettbewerbsvorteile nicht ohne fremde Hilfe ausschöpfen.

Ein dem Marktmachtkonzept verpflichtetes Regelbeispiel müßte deshalb wenigstens¹ die Tatbestandsvoraussetzungen von § 23a I 1a und § 23a I 1b kumuliert in sich vereinen. Einzelnen entsprechen die Vermutungen zu wenig der wirtschaftlichen Realität, um unter dem Vorzeichen konkreter Gefahrenabwehr als Regelbeispiele anerkannt werden zu können.

5. Unternehmensgröße und Konzentration an sich -
"pure conglomerates"

Das Zwischenergebnis präjudiziert die Beurteilung der dritten Vermutung in § 23a I 2.

Wirkt sich große Finanzkraft nicht einmal auf mittelständischen Märkten und in Kombination mit bereits vorhandener Marktmacht per se wettbewerbsgefährdend aus, so kann ihre Wettbewerbsfeindlichkeit erst recht nicht völlig ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Markt begründet werden². Dementsprechend findet auch die zentrale Aussage des § 23a I 2, daß nämlich bei "Elefantenhochzeiten" marktunabhängig und "allein als Folge der Ressourcenkumulation"³ Marktmacht entsteht oder sich verstärkt, in der amerikanischen Entscheidungspraxis keine Grundlage.

Allerdings hatte der Supreme Court bisher keine Gelegenheit, zu den rechtlichen Problemen rein konglomera-

-
- 1) Selbst dann blieben jedoch die unter 2. und 3. genannten Gesichtspunkte tatbestandlich unberücksichtigt.
- 2) für die Beibehaltung des "relevanten Marktes" zuletzt eindringlich Baur, Markt, 301 ff, 306 ff
- 3) RegB, BT-Dr 8/2136, 21 re

ter Zusammenschlüsse grundsätzlich Stellung zu nehmen¹. Die Untergerichte jedenfalls haben - von einer rechtskräftig gewordenen Ausnahme abgesehen² - die Untersagung rein konglomerater Zusammenschlüsse verweigert³.

Im Fall US v. Northwest Industries⁴ z.B. war dafür ausschlaggebend, daß ein wettbewerbsfeindlicher Effekt auf irgendeinem relevanten Markt konkret nicht absehbar war. Das Argument der Regierung, der steigenden Unternehmenskonzentration wegen sei jeder Zusammenschluß im Bereich der hundert größten Firmen schlechthin unzulässig, lehnte der District Court von Illinois unter Hinweis auf das geltende Recht ab. Er stellte fest, daß der Eingriffstatbestand in § 7 Clayton Act zwingend eine ungünstige Wirkung auf den Wettbewerb voraussetze⁵.

Andere Instanzgerichte bekräftigten diesen Standpunkt ausdrücklich⁶. Mangels einer spürbaren Wettbewerbsbeein-

- 1) Ursächlich dafür war ua, daß viele Fälle durch Vergleich erledigt wurden - vier dieser Fälle erörtert I. Schmidt, AWD 1972, 277 f; vgl dazu auch v. Woedtke, 94 Fn 129.

Zur Nullpraxis des Supreme Court gegenüber rein konglomeraten Zusammenschlüssen vgl I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 151 ff; Blake, Col. L. Rev. 1973, 555 ff; s. dazu auch den Bericht des US-Justizministeriums in WuW 1980, 178 f

- 2) Es handelt sich um den Fall Allis-Chalmers Manufacturing Co. v. White Consolidated Industries, Inc., 414 F. 2d 506 (1969) - vgl dazu I. Schmidt, AWD 1972, 276 f, und besonders v. Woedtke, 95 ff

- 3) vgl dazu die Auflistung sämtlicher erfolgloser Verfahren gegen konglomerate Zusammenschlüsse iWS bei Bauer, B.L.Rev. 1978, Fn 9, S. 200 f

- 4) 301 F. Supp. 1066 ff (1969)

- 5) 301 F. Supp. 1066 (1969)

- 6) so zB im Fall US v. International Telephone & Telegraph Corp. 342 F. Supp. 19 (1970) = US v. ITT and Grinnell Corp., 1971 Trade Cases § 73, 665; US v. ITT and the Hartford Fire Insurance Co., 1971 Trade Cases § 73, 666; US v. ITT and Canteen Corp., 1971 Trade Cases § 73, 667 (es handelte sich um mehrere gleichzeitig zu beurteilende Zusammenschlußfälle - vgl dazu I. Schmidt, AWD 1972, 276 f)

trächtigung auf bestimmten Märkten sah sich deshalb der District Court von Connecticut durch § 7 Clayton Act daran gehindert, den Erwerb der Hartford Fire Insurance Company, des sechstgrößten Vermögens- und Haftpflichtversicherers in den USA, durch den elftgrößten Industriekonzern ITT zu untersagen¹.

Können aber die Gerichte infolge der normativen Schranken des § 7 Clayton Act gegen "absolute size" und "superconcentration" nicht wirksam einschreiten, obwohl in den meisten Fällen die Möglichkeit zur ex post-Beurteilung von Zusammenschlüssen besteht, so widerlegt dies gleichzeitig die Tatsachenbehauptung des deutschen Gesetzgebers.

Unternehmenskonzentration und Ressourcenkumulation "an sich" führen nicht zu konkreten Risiken für den Wettbewerb². Vielmehr entzieht gerade der Mangel wettbewerbsfeindlicher Effekte derartige Konzentrationsvorgänge der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle.

Soweit deshalb § 23a I 2 rein konglomerate Zusammenschlüsse erfaßt, widerspricht der ausschließlich größenorientierte Vermutungstatbestand eben jener wirtschaftlichen Realität, welche die §§ 24 I, 22 I 2 für eine Untersagung zwingend voraussetzen.

6. Amerikanische Tendenzen zu per se-Lösungen und ihr Aus-sagewert für die Realitätsnähe des § 23a I

Das Versagen des Marktmachtkonzepts gegenüber Unternehmensgröße und steigender wirtschaftlicher Konzentration an sich hat auch in den USA Versuche begünstigt,

1) vgl 342 F. Supp. 19 (51 ff)

2) im Ergebnis ebenso Blechman, GRUR Int. 1980, 653 re; so auch schon Säcker, WA-Prot 8/53, 12

die Einzelmarktbetrachtung aufzugeben¹. Vor allem die antitrustrechtlichen Kontrollbehörden bemühten sich, eine derartige Entwicklung voranzutreiben und den Gerichten die Verhinderung weiterer Konzentrationsprozesse nahezulegen².

In den ITT-Fällen³ z.B. hatte die Regierung versucht, § 7 Clayton Act durch extensive Auslegung von der Einzelmarktbetrachtung zu lösen und dieser Vorschrift damit eine generell konzentrationsfeindliche Richtung zu geben. Zusammenschlüsse konglomerater Großunternehmen hätten danach auch ohne wettbewerbsschädliche Konsequenzen auf einem bestimmten Markt untersagt werden können. Ausreichen sollten wettbewerbswidrige Auswirkungen auf zahlreichen, wenn auch nicht näher zu bestimmenden Märkten⁴.

a) Beispiele für per se-Tendenzen in der US-Rechtsprechung

Wenn auch der Vorstoß zur Abkehr vom Marktmachtkonzept in seiner Allgemeinheit bisher vor den Gerichten erfolglos blieb, so erkennen diese grundsätzlich - in der Praxis vorwiegend bei horizontalen Zusammenschlüssen - doch an, daß § 7 Clayton Act auch gesellschaftspolitische Ziele verfolgt.

Sichtbaren Ausdruck fand diese Zielsetzung in der Untersagungsentscheidung des Supreme Court im Fall US v. Brown Shoe⁵, anläßlich dessen die grundsätzliche Bedeu-

1) zu den in Deutschland vor Einführung der 4. Novelle diskutierten Alternativkonzepten vgl. S. 6 ff

2) vgl. aus der Rede des Justizministers vom 6. Juni 1969: "... the danger that this super-concentration poses to our economic, political and social structure cannot be overestimated. Concentration of this magnitude is likely to eliminate existing and potential competition." - Zit. nach I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 156

3) Nachweise auf S. 101 Fn 6

4) vgl. Blechman, GRUR Int. 1980, mN; s. zum Vergleich auch die Argumentation in MK I, Tz 951

5) 370 US 294 (1962), ausführlich besprochen von Sandrock, 69 ff

tung des 1950 neugefaßten § 7 Clayton Act erstmals erörtert wurde. Der Supreme Court erklärte hier ausdrücklich, daß die Rechtsprechung der politischen Entscheidung des Gesetzgebers gegen die "rising tide of economic concentration in the American industry" und für Wettbewerbsförderung durch "protection of viable, small, locally owned business" wirksam Rechnung tragen müsse¹.

Die Folgeentscheidungen bestätigten diesen Grundsatz in ständiger Rechtsprechung, knüpften daran jedoch unterschiedlich einschneidende Konsequenzen. Während der Supreme Court im Brown Shoe-Urteil sowie in den ersten Folgeentscheidungen die politischen Regelungserwartungen durch den normativen Gehalt des § 7 Clayton Act noch relativiert hatte², ergingen danach Urteile, die Konzentrationstrend und/oder Unternehmensgröße implizit als selbständigen Verbotsgrund anerkannten³.

Den begründungstechnischen Weg zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses veranschaulicht das Continental Can-Urteil⁴ in exemplarischer Kürze: "Erreicht eine Fusion ein solches Ausmaß, daß sie bereits an sich schon verdächtig ("inherently suspect") erscheint, so erübrigt sich im Hinblick auf den Zweck von § 7 Clayton Act,

-
- 1) 370 US 294 (315) - zur Intention des Gesetzgebers vgl. ausführlich S. 310 - 323; vgl. dazu auch US v. Von's Grocery Co., 384 US 270 (275): "The basic purpose was to prevent economic concentration in the American economy by keeping a large number of small competitors in business."
 - 2) "It is competition, not competitors, which the Act protects." - zit. nach Sangmeister, FIW 72, 121 Fn 97 aE; auf gleicher Linie lagen z.B. die Entscheidungen US v. Philadelphia National Bank, 374 US 321 (1963); US v. Aluminium Co. of America (Rome Cable) 377 US 271 (1964)
 - 3) vgl. US v. Von's Grocery Co., 384 US 207 (1966) und US v. Pabst Brewing Co., 384 US 546 (1966) - zu beiden Entscheidungen ausführlich Markert, WuW 1966, 856 ff
 - 4) US v. Continental Can Co., 378 US 441 (1964)

unangemessene Konzentration zu verhindern, eine eingehende Analyse der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der wahrscheinlichen wettbewerbsfeindlichen Wirkung."¹

b) Wertung

Die Begründung des Supreme Court im Continental Can-Urteil beweist, daß eine allgemein antikonzentrativen Kontroll- und Untersagungspraxis mit dem Verzicht auf wettbewerbsrechtliche Subsumtion erkaufte wird. Der Wettbewerbsbezug des Zusammenschlusses, insbesondere die gerade auch bei strukturorientiertem Kontrollansatz² entscheidungserhebliche Frage, welche Interdependenzen im Einzelfall tatsächlich zwischen bestimmten Strukturen³ und antikompetitivem Verhalten zu beobachten sind, bleibt unerörtert.

Ein lehrreiches Beispiel dafür liefert auch die Begründung des Supreme Court im Fall US v. Von's Grocery Co.⁴. Es handelte sich um den Zusammenschluß von zwei Lebensmittel-Einzelhandels-Filialisten im Stadtgebiet von Los Angeles, der vier Jahre nach seinem Vollzug untersagt wurde. Zu diesem Zeitpunkt stand positiv fest, daß die Wettbewerbsintensität auf dem relevanten Markt nicht nachgelassen hatte⁵. Das Gericht begründete die Untersagung mit der Notwendigkeit, auch die Wettbewerbsbedingungen der Zukunft vorausschauend in Betracht ziehen zu müssen⁶. Indem es sich dann jedoch jeder Erörterung der konkreten Wahrscheinlichkeitsfaktoren für die in Anspruch genommene Prognose enthält, entlarvt es den verbal hergestellten Wettbewerbsbezug als Lippenbekenntnis⁷.

1) 378 US 441 (458), übers. von Sangmeister, FIW 72, 122 Fn 101

2) Einen allgemeinen Überblick über strukturorientierte Kontrollansätze in der amerikanischen Rechtsprechung vermitteln Dunfee/Riechman, RIW/AWD 1977, 458 ff.

3) zB hochgradige Konzentration oder vertikale Integration

4) 384 US 207 (1966)

5) Das Distriktgericht hatte den Zusammenschluß aus diesem Grund für rechtmäßig gehalten - vgl dazu Markert, WuW 1966, 856.

6) Markert, WuW 1966, 857, gibt die Entscheidungsgründe ausführlich wieder (mN).

7) Die Entscheidung war aus diesem Grund in Wissenschaft und Öffentlichkeit umstritten - vgl die Nachweise bei Markert, WuW 1966, 856 Fn 6, 7.

Der Supreme Court ignorierte die rechtlichen Untersagungs-voraussetzungen¹ und erwies damit im Ergebnis ausschließ-lich antikonzentrationpolitischen Wunschvorstellungen seine Reverenz².

Zu berücksichtigen ist jedoch, daß diese Untersagungsent-scheidung einen Konkurrenten-Zusammenschluß betraf und sich damit in die per se verbotsorientierte Entscheidungs-praxis gegenüber horizontalen Konzentrationsvorgängen ein-fügt³. Auf marktübergreifende Zusammenschlüsse, welche die Zahl der Wettbewerber auf dem relevanten Markt nicht unmittelbar vermindern und welche deshalb auch nicht von vornherein "inherently suspect" sind, können die antikon-zentrationspolitischen Argumente des Supreme Court deshalb nicht ohne weiteres übertragen werden.

v.Woedtker verfehlt deshalb den zentralen Ansatzpunkt für eine rechtsvergleichende Betrachtung, wenn er die Recht-sprechung des Supreme Court hinsichtlich horizontaler, vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse undiffe-renziert zusammenfaßt unter den Titel "der Konzen-trationstrend als selbstständiger Verbotsgrund i.S.d. sec. 7 Clayton Act"⁴. Wie der fehlende Nachweis

- 1) in diesem Sinne auch die heftige Kritik in der dissen-ting opinion von Justice Stewart, der sich Justice Harlan anschloß - vgl dazu ausführlich Markert, WuW 1966, 858 f
- 2) Unverhüllt präsentierte sich diese Praxis in der unter-gerichtlichen Entscheidung zum Fall Allis-Chalmers Manufacturing Co. v. White Consolidated Industries Inc., 414 F.2d 506 (1969): "... there can be no doubt that sec. 7 was designed to arrest the rising tide of eco-nomic concentration" (S. 519). Das Gericht hatte in die-sem Fall - es handelte sich um einen konglomeraten Zu-sammenschluß - die Begründung der FTC vollständig über-nommen, vgl dazu ausführlich v. Woedtker, 95 ff.
- 3) zur per se-Praxis bei horizontalen Zusammenschlüssen vgl S. 88 zu Fn 1
- 4) Vermutlich hat dieses Mißverständnis der zur Auslegung des § 22 I 2 ausdrücklich rechtsvergleichend herangezo-genen Rechtsprechung dazu beigetragen, daß v. Woedtker im Ergebnis unter Berufung auf den "gesellschaftspoli-tischen Vorrang (!) des GWB" (S. 239) eine vom Markt-machtkonzept losgelöste "Auslegung" des § 22 I 2, bis hin zur Herausbildung von Fusionsverboten für vertikale und konglomerate Unternehmen, für möglich hält (S. 137 ff, 234 ff). Ähnlich schon Emmerich, Marktstellung, 127 f; dagegen nachdrücklich Baur, Markt, 308

wettbewerbsfeindlicher Effekte doch beweist, ist der Konzentrationstrend gerade kein Untersagungsgrund "im Sinne des § 7 Clayton Act", sondern ein contra legem entwickelter "selbständiger Verbotsgrund"¹.

Es mag gute Gründe geben, derartige Eingriffsmöglichkeiten zu befürworten². Ebenfalls legitim ist das Anliegen, mit einer wettbewerbsorientierten Fusionskontrolle auch gesellschafts- und strukturpolitisch erwünschte Entwicklungen zu begünstigen. Häufig werden sich wettbewerbspolitische von allgemeinpolitischen Intentionen gar nicht sauber trennen lassen³.

Umgekehrt steht nach den amerikanischen Erfahrungen mit der Fusionskontrolle jedoch zur Evidenz fest, daß ein Teil der allgemein-politisch unerwünschten Zusammenschlüsse den Wettbewerb konkret nicht gefährdet. "Wenn dies aber nicht der Fall ist, so kann ein solcher Zusammenschluß nur aus einem anderen Grund untersagt werden, der mit dem Schutz des Wettbewerbs nichts zu tun hat."⁴

Diese Erkenntnis ist übrigens - obwohl explizit nicht verbalisiert - längst auch gedankliches Allgemeingut der Befürworter einer antikonzentrativ verschärften

1) siehe S. 106 zu Fn 4

2) vgl dazu S. 201 ff

3) So verlangt das US-Justizministerium "geschickte Gesetzgebung", welche diejenigen Zusammenschlüsse verhindern soll, "die Vorteile am wenigsten und wettbewerbs- und sozialschädliche Auswirkungen am ehesten erwarten lassen..." - WuW 1980, 180 li; vgl auch Shenefield, Bus. Law. 1980, 1438: "As head of the Antitrust Division, I make no apologize whatsoever for discussing political and social effects because it seems to me...that the desire to keep this country decentralized... is at the very heart of our antitrust policy."
Zu den sozial- und gesellschaftspolitischen Implikationen konglomerater Zusammenschlüsse vgl Pertschuk/Davidson, Fordh. L.Rev. 1979, 1, 6 ff.

4) Blechman, GRUR Int. 1980, 652 aE

Fusionskontrolle. So beklagt das amerikanische Justizministerium die "antidemokratische Gesamtwirkung" konglomerater Zusammenschlüsse "auf die Gesellschaft"¹ und erklärt diesbezüglich zum "Hauptmangel des geltenden Rechts ..., daß es nur auf wettbewerbsbeeinträchtigende Auswirkungen auf bestimmten Märkten abstellt"².

Die von Senator Kennedy eingebrachte Gesetzesvorlage, die Großfusionen generell und geringervolumige Zusammenschlüsse mit Erlaubnisvorbehalt verbietet, trägt bezeichnenderweise den Titel: "Small and Independent Business Protection Act"³. Ein anderes Gesetzesvorhaben, der "Oil Windfall Acquisition Act of 1979", begründet de facto ein weitreichendes Erwerbsverbot für die 18 größten US-Ölgesellschaften und wird von energiepolitischen und investitionslenkenden Motiven getragen⁴.

7. Endergebnis

Die amerikanischen Erfahrungen bestätigen⁵, daß wirtschaftliche Konzentration und Unternehmensgröße nicht per se wettbewerbsgefährdend sind. Soweit die US-Rechtsprechung auf per se - Lösungen zurückgreift, beweist sie damit am überzeugendsten, daß die Problematik marktübergreifender Zusammenschlüsse häufig gerade nicht in der Existenz wettbewerbsgefährdender Wirkungen,

1) WuW 1980, 175 li

2) WuW 1980, 179 li (Hervorhebungen von Verf.)

3) vgl dazu Hölzler, WuW 1980, 729; Blechman, GRUR Int. 1980, 653 li; Boies, Bus. Law. 1980, 1430; der Text dieser Gesetzesvorlage ist abgedruckt bei Pertschuk/ Davidson, Fordh. L. Rev. 1979, 20 f

4) eingebracht am 24. Mai 1979 von Senator Kennedy - vgl dazu Hölzler, WuW 1980, 729 f; Boies, Bus. Law. 1980, 1432 ff; Shenefield, ebd., 1435 ff

5) zum vorläufigen Ergebnis nach deutschen Erkenntnismöglichkeiten vgl S. 80 f

sondern vielmehr im Fehlen derselben liegt¹.

Da die einzelnen Vermutungstatbestände des § 23a I folglich in großem Umfange wettbewerbsneutral oder sogar wettbewerbsfördernd² sind, umschreiben sie nicht "konkretisiert typische wettbewerbliche Gefährdungslagen"³.

IV. Anschlußfrage

Die Tatbestände des § 23a I ignorieren die Wettbewerbswirklichkeit unter dem Blickwinkel des Marktmachtkonzepts ganz oder zum Teil: § 23a I 2 stellt nicht einmal den Marktbezug her, § 23a I 1a und § 23a I 1b lassen wegen ihrer Realitätsferne jedenfalls den Machtbezug vermissen.

Bei materieller Auslegung lösen die Ressourcenvermutungen folglich die Fusionskontrolle vom bisher praktizierten Marktmachtbezug und bewirken eine untersagungsbegründende Tatbestandswirkung vorwiegend unternehmensbezogener Größenkriterien.

Damit stellt sich die Frage, ob die Interpretation des § 23a I als Regelbeispielskatalog unter diesen Voraussetzungen zulässig ist.

-
- 1) Zwar wurde bisher nur eine konglomerate per se - Untersagung rechtskräftig - vgl. S. 101 Fn. 2, doch folgt das Ergebnis a maiore ad minus: Wenn der Rückgriff auf per se - Lösungen schon bei horizontalen Zusammenschlüssen, die immerhin eine Verringerung der Wettbewerber auf dem relevanten Markt bewirken, mangels Wettbewerbsbeschränkung zur Bekämpfung der Unternehmenskonzentration erforderlich sein kann, so muß dies für konglomerate Zusammenschlüsse erst recht gelten. In jedem Fall aber indiziert die Zuflucht zu per se - Lösungen das Fehlen wettbewerbsbeeinträchtigender Zusammenschlußfolgen. Sollten deshalb in Zukunft konglomerate Zusammenschlüsse zunehmend mit per se - Begründungen untersagt werden, bestätigte dies das hier gefundene Ergebnis.
 - 2) zB im Fall der "toehold acquisition" - vgl. dazu schon S. 99 Fn. 1. Diese Zusammenschlußkonstellation würde von einem Regelbeispiel mit dem Inhalt des § 23a I 1a wohl ziemlich häufig untersagt werden.
 - 3) ebenso Blechman, GRUR Int. 1980, 653; die Kritik an der mangelnden wettbewerbspolitischen Sachgerechtigkeit der Vermutungen - vgl. S. 65 Fn. 1 - ist damit berechtigt.

Vierter Abschnitt: Systematische und teleologische Aus-
des § 23a I

Die Tatbestände des § 23a I sind im Gegensatz etwa zu § 243 StGB¹ nicht als Regelbeispiele, sondern als - akzessorische - Tatsachenvermutungen² formuliert.

Akzessorisch deshalb, weil sie sich "unmittelbar auf die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 2"³ und damit unmittelbar auch auf die materiellen Eingriffsvoraussetzungen in § 24 I beziehen. Aus dieser Bezugnahme folgt, daß die Ressourcenvermutungen nur als Hilfsnormen zu § 24 I iVm § 22 I 2 fungieren.⁴

Systemkonform im Sinne einer konkreten Gefahrenabwehr sind Regelbeispiele mit dem Inhalt des § 23a I infolgedessen nur dann, wenn sie den materiellen Vorrang der §§ 24 I, 22 I 2 wahren. Die Rechtsfolgen des § 23a I dürfen folglich die äußersten Grenzen der in diesen Vorschriften ausgesprochenen Eingriffsermächtigung nicht überschreiten.

Diese Feststellung begründet die Notwendigkeit, die bereits ermittelte Wirkung von Regelbeispielen⁵ zur bisherigen Rechtspraxis ins Verhältnis zu setzen. Darüber hinaus ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber zwar nicht die materiellen Eingriffsvoraussetzungen als solche derogieren, wohl aber die Fusionskontrolle effizienzsteigernd "fortentwickeln" wollte⁶.

Zusätzlich ist folglich zu untersuchen, ob oder inwieweit der Gesetzgeber mit Einführung des § 23a I auch eine modifizierte Auslegung seiner materiellen Bezugsnormen anregen wollte.

1) vgl dazu ausführlich S. 48 f

2) ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 62

3) RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re

4) Ihre Regelung wäre deshalb systemgerechter in einem § 24 II erfolgt - vgl die Vorschläge in MK I, Tz 952, 957

5) vgl S. 49 ff

6) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re aE

Achtes Kapitel: Die Auslegung der §§ 22 I 2 und 24 I bis
zur 4. GWB - Novelle

Ressourcenstärke, Finanzkraft und Unternehmensgröße sind für die Zwecke der Fusionskontrolle nur insoweit von Bedeutung, als sie im Hinblick auf einen konkreten Zusammenschluß die Erwartung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung begründen oder mitbegründen. Da § 23a I ausdrücklich nur auf Marktmacht im Sinne des § 22 I 2 Bezug nimmt, sind für den sachlichen Anwendungsbereich der Ressourcenvermutungen die materiellen Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde grenzweise bestimmt durch die Begriffe "überragende Marktstellung" und "Erwartung".

Von nur untergeordneter Bedeutung für die Durchschlagskraft der Ressourcenbetrachtung nach bisher geltendem Recht ist dementsprechend das Marktmachtkriterium fehlenden "wesentlichen Wettbewerbs". Es definiert zwar die marktbeherrschende Stellung gem. § 22 I 1, ist jedoch keine Voraussetzung für das Bestehen einer überragenden Marktstellung im Sinne des § 22 I 2.¹

Durch den Nachweis zukünftigen wesentlichen Wettbewerbs ist die Vermutung, "daß durch den Zusammenschluß eine überragende Marktstellung entstehen oder sich verstärken wird", folglich nicht - jedenfalls nicht dadurch allein - zu widerlegen.² Zwar schränkt der Bundesgerichtshof, nachdem er grundsätzlich die Unabhängigkeit des § 22 I 2 von § 22 I 1 herausgestellt hat, diese Alternativität wieder ein, indem er zur abschließenden Beurteilung im Rahmen des § 22 I 2 auch

1) so unmißverständlich der BGH in WuW/E, 1435 f, 1439 - Vitamin B 12: "Dabei stehen nach Sinn und Bedeutung Nr. 1 und Nr. 2 alternativ nebeneinander; marktbeherrschend ist ein Unternehmen, das ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Nr. 1), oder ein Unternehmen, das eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung besitzt." - vgl. auch BGH in WuW/E, 1445 LS 2 - Valium: "Ein Unternehmen kann eine überragende Marktstellung im Sinne des § 22 I 2 GWB auch dann innehaben, wenn es wesentlichem Wettbewerb im Sinne des § 22 I 1 GWB ausgesetzt ist."

2) aa wohl Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdz 75 aE

"die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt" heranzieht¹. Da jedoch "das Vorliegen von Wettbewerb, und zwar auch von wesentlichem Wettbewerb (im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr.1) das Bestehen einer überragenden Marktstellung der Betroffenen" nicht ausschließt, "sofern sie noch einen überragenden Spielraum in ihrem Verhalten besitzen"², hat die Frage nach der Erwartung zukünftigen wesentlichen Wettbewerbs für die Marktmachtprognose mit dem Inhalt der §§ 24 I und 22 I 2 - und damit auch für die Widerlegung des § 23a I - keine eigenständige Bedeutung.

Die Wettbewerbsentwicklung ist insoweit vielmehr im Rahmen der Frage zu erörtern, ob der Verhaltensspielraum eines Unternehmens sich Zusammenschlußbedingt erweitert, und bildet somit nur einen Teilaspekt der "überragenden Marktstellung". Systemkonform ist folglich jede Auslegung des § 23a I, die gewährleistet, daß die Kriterien, die nach den von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben die "Erwartung" der Entstehung oder Verstärkung einer solchen Marktposition begründen, auch als Widerlegungstatsachen Berücksichtigung finden, wenn sie im Einzelfall fehlen.

- 1) WuW/E BGH, 1436 LS 2 - Vitamin B 12; zustimmend WuW/E BGH, 1449 - Valium; zuletzt WuW/E BGH 1716 - Mannesmann/Brüninghaus; zur Kritik an der grundlegenden Vitamin B 12 - Entscheidung, die beide Marktbeherrschungskriterien vordergründig formal abgrenzt, ohne die Problematik der Überlagerung beider Tatbestände inhaltlich abzuklären vgl Ulmer, BB 1977, 358; Emmerich, ZHR 140, 168; Fischötter/Lübbert, BB 1977, 115; Wirz, WRP 1977, 246; Reich, NJW 1976, 2263
- 2) WuW/E BGH, 1449 - Valium; das danach im Verhältnis von § 22 I 1 und § 22 I 2 für den Regelfall angelegte Rangverhältnis - wenn keine überragende Marktstellung, dann erst recht keine Monopolstellung iSd § 22 I 1 (vgl dazu WuW/E OLG, 1924 - Thyssen Hüller) - erkennt Neiser, 156 Fn 1, 5; zu Ausnahmen vgl Harms, GK, § 23a Rdz 313 vgl zum Verhältnis beider Tatbestände zueinander auch nachfolgend S. 141 ff
- 3) zur inhaltlichen Verknüpfung beider Tatbestände vgl auch Jüngst, 70; aus der neuesten Rechtsprechung des BGH vgl WuW/E, 1716 - Mannesmann/Brüninghaus - und WuW/E, 1755 - Klöckner/Becorit: "Ist wesentlicher Wettbewerb auf dem relevanten Markt vor dem Zusammenschluß anhand einzelner wettbewerblicher Abläufe festgestellt, so nötigt die zusammenfassende Beurteilung auch zur Auseinandersetzung, ob die Wettbewerbsbedingungen sich durch den Zusammenschluß dergestalt ändern, daß ein solcher Wettbewerb nicht mehr entscheidend zum Tragen kommen wird."

I. Die Praxis zu § 22 I 2

Zur Begründung einer überragenden Marktstellung haben Verwaltung und Gerichte bisher stets eine umfassende Gesamtbetrachtung des relevanten Marktes angestellt. Bestimmt wurde die wettbewerbsrelevante Position des oder der betroffenen Unternehmen unter Berücksichtigung und Abwägung sämtlicher in § 22 I 2 enthaltenen Kriterien.¹

Die Praxis ergänzte diese für die Beurteilung einer überragenden Marktstellung nicht abschließende, sondern nur als Hervorhebung besonders wichtiger Kriterien fungierende Aufzählung² bei gegebenem Anlaß um weitere objektivierbare Faktoren. Zu nennen sind hier etwa die Konjunkturanfälligkeit bestimmter Märkte³, das Potential zu technischer Innovation⁴ oder den zeitlichen Vorsprung bei der Durchsetzung eines Produktes iVm einer besonderen Produktbeziehung zum Verbraucher^{5, 6}.

Das endgültige Urteil über die Marktstellung der kontrollpflichtigen Unternehmen beruhte schließlich immer auf einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung, welche die wettbewerblichen Auswirkungen der jeweils konkret erheblichen Strukturmerkmale im Hinblick auf die gegebenen Marktverhältnisse analysierte und gewichtete.⁷

-
- 1) vgl die ausführliche Würdigung dieser Kriterien bei Jüngst, 86 ff
 - 2) vgl schon RegB, BT-Dr VI/2520, 22, wo zusätzlich die Kapazitätsauslastung der Konkurrenten erwähnt wird; weitere Kriterien bei Jüngst, 137 ff
 - 3) vgl WuW/E OLG, 1923 - Thyssen/Hüller - mit weiteren Kriterien
 - 4) vgl WuW/E OLG, 2185 - hydraulischer Schreitausbau
 - 5) vgl WuW/E OLG, 2231 - Münchner Zeitungsmarkt
 - 6) weitere Beispiele für die Konkretisierung der Marktstruktur bei Neiser, 149 mN
 - 7) vgl zB BKartA in WuW/E, 1747 ff - Anzag/Holdermann; WuW/E, 1657 ff - Thyssen/Hüller; WuW/E, 1685 ff - Mannesmann/Brüninghaus; WuW/E, 1771 ff und 1779 - Transportbeton I, II; KG in WuW/E, 1921 ff - Thyssen/Hüller; WuW/E, 2182 ff - hydraulischer Schreitausbau; WuW/E, 2228 - Münchner Zeitungsmarkt; BGH in WuW/E, 1655 ff - Zementmahlanlage II; WuW/E, 1711 ff, 1716 - Mannesmann/Brüninghaus; zuletzt WuW/E, 1754 - Klöckner/Becorit: Auch Vermutungen entbinden nicht von der Würdigung aller marktmachtrelevanten Kriterien in "ihrer wechselseitigen Beeinflussung".

Dabei fällt auf, daß in den meisten Fällen hohe absolute oder relative Marktanteile iVm großer Finanzkraft den Ausschlag geben für die Bejahung einer überragenden Marktstellung, während die übrigen Faktoren nur ergänzend - häufig bestätigend - herangezogen werden¹. Weder finanzielle Ressourcen, noch Marktanteile werden aber isoliert ihrer abstrakten Existenz wegen als marktmachtbegünstigend eingeschätzt².

Zunächst werden vielmehr Marktanteil und Finanzkraft der betroffenen Unternehmen objektiv festgestellt und zu den Daten der Wettbewerber ins Verhältnis gesetzt. In einem zweiten Schritt erfolgt dann die Überprüfung der potentiell strukturwirksamen Machtfaktoren der fusionswilligen Unternehmen auf ihre jeweils konkrete Wettbewerbswirksamkeit hin³.

Da jedoch der Marktanteilszuwachs ein Beurteilungskriterium horizontaler Zusammenschlüsse ist, kann er für den vorwiegend auf vertikale und konglomerate Konzentrationsvorgänge zugeschnittenen § 23a I keine eingriffsbegründende Funktion haben. Deshalb interessieren in diesem Zusammenhang vor allem jene Beurteilungsmomente, die den Wettbewerbs-

-
- 1) vgl nur BKartA WuW/E, 1660 - 1663 - Thyssen/Hüller (zustimmend WuW/E OLG, 1923 f) und BKartA WuW/E, 1687 - 1689 - Mannesmann/Brüninghaus (zustimmend WuW/E OLG, 2120 ff)
 - 2) WuW/E BGH, 1621 f - Revell Plastics - betrifft einen Fall nach §§ 22, 26 II, in dem bei insgesamt wettbewerbsgünstigen Marktdaten ein Marktanteil von 35-40% gegenüber dem nächst kleineren Wettbewerber mit 22-25% Marktanteil keine überragende Marktstellung begründen konnte
 - 3) vgl die nachfolgend exemplarisch besprochenen Entscheidungen des BKartA
 - 4) zur Geltung für horizontale Zusammenschlüsse vgl S. 52 zu Fn 3

bezug der zahlenmäßig ermittelten¹ Finanzkraft herstellen².

1. Der Fall Mannesmann/Brüninghaus

Besonders die Entscheidung im Fall Mannesmann/Brüninghaus enthält schon in 1. Instanz eine konkrete, strukturbezogene Marktanalyse, die es rechtfertigt, die Finanzkraft als marktmachtrelevanten Faktor zu qualifizieren:

"Die überragende Finanzkraft bietet auf dem hier relevanten Markt umfassende Vorteile. Sie kann z.B. in der Forschung und Entwicklung, insbesondere in der Entwicklung von Regel- und Verstellorganen, zur Senkung des hohen Geräuschpegels (besonders bei schnellaufenden Kolbeneinheiten) und bei der Erschließung neuer Anwendungsbereiche eingesetzt

- 1) Allgemein verbindliche Stellungnahmen über den Modus, nach welchem die Finanzkraft zu ermitteln sei, enthalten die bisher ergangenen Entscheidungen nicht. Überwiegend werden wohl Umsatz und cash flow als Indikatoren anerkannt - vgl die detaillierte Ausweisung von Umsatz und cash flow in WuW/E BKartA, 1687 - Mannesmann/Brüninghaus - und - ebenfalls in dieser Sache - WuW/E BGH, 1717: "... die aus Umsatz und cash flow als Indikatoren abgeleitete erhebliche Finanzkraft.."; WuW/E BKartA, 1628 f - Sachs/GKN - nennt zusätzlich den Zugang zum Kapitalmarkt; im Fall Thyssen/Hüller leitete das BKartA (WuW/E, 1660 f und TB 1977, 20) die Finanzkraft allein aus dem Umsatz ab. Dem hat der BGH bisher nicht ausdrücklich widersprochen, doch hält er den Umsatz allein wohl für weniger aussagekräftig als den cash flow bzw. beide Kriterien zusammen - vgl WuW/E BGH, 1717 Mannesmann/Brüninghaus. Die Entscheidung des KG im Fall Thyssen/Hüller - WuW/E OLG, 2185 - wirft überdies Zweifel auf hinsichtlich der konkreten Verwertbarkeit des Umsatzkriteriums: Die Thyssen AG kann auf Grund ihrer "außerordentlich hohen Konzernumsätze als besonders finanzstark angesehen" werden, während "die ebenfalls sehr umsatzstarke Beschwerdef. zu 1) aufgrund ihrer Verluste sich keine Finanzkraft beimißt." - vgl auch die Tab. bei Sieben/Goetzke/Matschke, FIW 89, 17
- 2) zur Berücksichtigung anderer Kriterien vgl TB 1975, BT-Dr 7/5390, 38, 40 f, zu den Fällen RWE/Hoechst und Bayer/Metzeler, in denen das BKartA den Akzent auf den Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten legte.

werden. Bei der Weiterentwicklung des Know-How sowohl im konstruktions- wie im fertigungstechnischen Bereich wirkt sie sich ebenfalls aus. Zwar sind die Grundprinzipien der Axialkolbeneinheiten und Radialkolbeneinheiten bekannt und keine Sperrpatente vorhanden, sodaß der Markt als technologisch transparent anzusehen ist. Aber die laufenden Optimierungsversuche, die Weiterentwicklung zu noch höheren Drücken und niedrigeren Geräuschpegeln erfordern unter anderem hochwertige und sehr teure, sich langfristig auszahlende Prüfstandkapazitäten, die kleine und mittlere Unternehmen finanziell überfordern."¹

Zusätzlich leitet das Bundeskartellamt die Erwartung, eine überragende Marktstellung werde sich verstärken, aus der "tendenziell" abschreckenden Wirkung der überragenden Finanzkraft von Mannesmann ab¹.

2. Der Fall Thyssen/Hüller

Überwiegend marktbezogen argumentiert das Bundeskartellamt auch im Fall Thyssen/Hüller. Nachdem es zunächst die allgemeinen Vorteile des großen Finanzierungsspielraums der Thyssen AG erläutert hat², nimmt es zur Auswirkung ihrer überlegenen Finanzkraft auf den relevanten Märkten konkret Stellung:

Auf dem Markt für Transferstraßen sieht es Vorteile im Preiswettbewerb und bei den Zahlungsbedingungen, hier insbesondere durch die Möglichkeit zur längerfristigen Vorfinanzierung von Aufträgen³.

Für den Angebotsmarkt von NC-Bearbeitungszentren konstatiert das Bundeskartellamt Vorteile vor allem im Bereich der Konstruktion und Entwicklung. Die Thyssen AG könne das erhöhte Entwicklungsrisiko auf diesem Markt, der durch hohe Entwicklungsintensität und kurze Innovationszyklen gekennzeichnet sei, durch konzerninterne Umlage der Entwicklungskosten auf die Preise anderer Erzeugnisse umlegen.

1) WuW/E BKartA, 1687

2) WuW/E BKartA, 1661

3) aaO, 1662

"und dadurch Wettbewerbsvorteile gegenüber reinen Werkzeugmaschinenherstellern erzielen".¹

Zusätzlich wies das Bundeskartellamt auch hier auf die durch Finanzkraft verursachte Abschreckungswirkung hin¹.

II. Die Praxis zu § 24 I - Der Fall Sachs/GKN

Die Bedeutung der Sachs/GKN-Entscheidung liegt nicht im Rahmen des § 22 I 2, sondern in der marktbezogenen Herausarbeitung der Prognoseanforderungen in § 24 I². Sie komplettiert die Konkretisierung des durch § 24 I zu verwirklichenden Marktmachtbezugs, indem sie den Gegenstand der Prognose - die überragende Marktstellung - durch die Bestimmung der entsprechenden Wahrscheinlichkeitsanforderungen maßnahmeorientiert operationalisiert³. In dieser Funktion ergänzt der Sachs/GKN-Beschluß die Auslegung des § 22 I 2, sodaß er als Teilbeitrag⁴ zur Rationalisierung der Prognose nach § 24 I⁵ zu werten und insoweit der Konkretisierung des notwendigen Marktmachtbezugs der Fusionskontrolle nutzbar zu machen ist.

-
- 1) WuW/E BKartA, 1662
 - 2) zum Verhältnis dieser beiden Eingriffsvoraussetzungen vgl. auch Raisch, Bedenken, 232 f
 - 3) Raisch, Bedenken, 233, kritisiert ausdrücklich, daß "der Gesetzgeber den kartellrechtsanwendenden Juristen allein" läßt "bei der Lösung dieser Wahrscheinlichkeitsaufgabe".
 - 4) Die teilweise sehr heftige Kritik an dieser BGH-Entscheidung - gestützt auf deren realitätsferne Argumentation und die rechtssicherheitsfeindlichen, weil spekulativen Prognosemaßstäbe - ist mE zurückzuführen darauf, daß die Kritiker den BGH gemessen haben an der Aufgabe, den rechtlichen Gehalt der "Erwartung einer überragenden Marktstellung" vollständig auszuloten - vgl. Moosecker, GRUR 1978, 524 ff; Böhlk/Schöppe, DB 1978, 1113 f; Hootz, BB 1978, 826 f; Schütz, WuW 1978, 12 ff, 16, vergleicht die Entscheidung des BGH bezeichnenderweise mit der im Fall Thyssen/Hüller praktizierten Methodik, wo - wie unter 1)b) beschrieben - die Wettbewerbswirksamkeit der Finanzkraft marktbezogen begründet wurde.
 - 5) zu dieser Notwendigkeit und diesbezüglichen Versäumnissen vgl. Steindorff, ZGR 1978, 782; Markert, BB 1978, 681 Fn 41

Verwerten lassen sich deshalb die Entscheidungsgründe, soweit sie Konkretisierungsmerkmale liefern für die gem. § 24 I erforderliche "Erwartung", die in Anwendung des § 22 I 2 ermittelte, generelle Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft werde sich auf dem relevanten Markt nach dem Zusammenschluß tatsächlich wettbewerbsschädigend aktualisieren. Wichtig für das Verständnis und die Einschätzung der Entscheidung ist die Tatsache, daß der Bundesgerichtshof zwar im Ergebnis die vom Kammergericht aufgehobene Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes bestätigt, in seinen Ausführungen zum Auslegungsspielraum der Prognose jedoch dem Ansatz des Kammergerichts eindeutig nähersteht:

1. Die Stellungnahme des BGH zur Argumentation des Bundeskartellamtes

Grundsätzlich akzeptiert der Bundesgerichtshof die Abschreckungstheorie des Bundeskartellamtes, wonach die überlegene Finanzkraft eines Unternehmens - hier des britischen Konzerns GKN - geeignet ist, potentielle Wettbewerber fernzuhalten¹. Er gesteht auch ausdrücklich zu, daß große Finanzkraft die Voraussetzungen für einen erweiterten Verhaltensspielraum schafft und daß damit in Zusammenschlüssen unter Beteiligung von weit diversifizierten Großunternehmen die Gefahr einer wettbewerbs-schädlichen Wirkung liegt².

Demgegenüber lehnt der Bundesgerichtshof jedoch ausdrücklich die vom Bundeskartellamt vertretene Auffassung ab, allein die "erheblich stärkere Finanzkraft des durch den Zusammenschluß geschaffenen Unternehmensverbundes" erfülle bereits den Untersagungsstatbestand³. Die Ver-

1) vgl. WuW/E BKartA, 1629

2) WuW/E BGH, 1507

3) aaO; kritisch zur Argumentation des BKartA schon Böhlk/Schöppe DB 1977, 2363 li

stärkung des Abschreckungspotentials läßt damit eine wettbewerbsfeindliche Entwicklung nicht hinreichend konkret vermuten und "entbindet nach dem Gesetz nicht von der Prüfung im Einzelfall, ob eine solche Wirkung auch zu erwarten steht, ihr Eintritt also wahrscheinlich ist"¹.

2. Die Stellungnahme des BGH zur Argumentation des Kammergerichts

Der Begründung des Bundesgerichtshofs verwandt ist die Rechtsansicht des Kammergerichts, derzufolge "der Einsatz" des erhöhten Finanzpotentials und dessen "Auswirkung auf den in Rede stehenden Märkten"² auf Grund bestimmter Umstände mit "einem gesteigerten Grad von Wahrscheinlichkeit"³ zu erwarten sein muß. Nur verbal grenzt der Bundesgerichtshof sich gegen diesen Auslegungsmaßstab ab, wenn er ablehnend feststellt: "Keine wettbewerbliche unternehmerische Einzelentscheidung kann losgelöst von den gesamten übrigen Anforderungen und Entscheidungsalternativen in der konkreten Situation prognostiziert werden."⁴

Der Bundesgerichtshof konstruiert damit einen Widerspruch, der sachlich gar nicht existiert. Das Kammergericht hatte nämlich gerade nicht Mutmaßungen über persönlich motivierte unternehmerische Einzelentscheidungen angestellt. Es bindet vielmehr seine Vorstellungen von Einsatz und Auswirkung der Finanzkraft an die konkret relevanten, struktur- und unternehmensbezogenen Marktbedingungen einerseits und an "kaufmännisch vernünftige Erwägungen" der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen und ihrer vorhandenen und potentiellen Wettbe-

1) WuW/E BGH, 1507

2) WuW/E OLG, 1754, zu a) aE

3) aaO, zu 2.

4) WuW/E BGH, 1509

werber"¹ andererseits.

Ebenso will aber der Bundesgerichtshof die "künftige Wettbewerbsentwicklung"² ex ante erfassen: Gegenstand der Prognose ist das im Rahmen der jeweiligen Wettbewerbsstruktur typische Unternehmensverhalten, wobei "vernünftige Erwägungen und Motivationen" der Marktteiligten" vorausgesetzt werden³. Der einzige Unterschied zur Begründung des Kammergerichts liegt darin, daß der Bundesgerichtshof - wohl unter dem Einfluß der Abschreckungstheorie des Bundeskartellamtes⁴ - ausschließlich auf das Verhalten der Mitbewerber und deren Vorstellungen über das Verhalten des finanzstarken Unternehmens abstellt⁵. Diese Einschränkung widerspricht dem methodischen Ansatz zumindest insoweit, als sich mit dessen Hilfe die strukturlogischen Verhaltensmuster des Großunternehmens ebenso genau oder ungenau ermitteln lassen wie die der Marktgegenseite⁶.

3. Die innere Widersprüchlichkeit der Entscheidungsgründe des BGH

Selbst unter der Prämisse, daß es nur auf das abschreckungsbedingte Verhalten aktueller und potentieller Wettbewerber ankommt⁷, bleibt die Argumentation des Bundesgerichtshofes widersprüchlich. Die ausdrücklich zum Maßstab erhobene, strukturbezogen objektivizierte Verhaltensprognose⁸ findet nur unvollkommen statt⁹:

1) vgl. WuW/E OLG, 1754, 1755 (Hervorhebung von Verf.)

2) WuW/E BGH, 1507

3) aaO, 1510 (Hervorhebung von Verf.)

4) vgl. Schütz, WuW, 1979, 11, 16

5) aaO, 1510, einige Zeilen darüber

6) kritisch zur Widersprüchlichkeit des BGH-Beschlusses schon Moosecker, GRUR 1978, 524 f

7) aaO, 1510

8) Böhlk/Schöppe, DB 1977, 2361, halten unter Berufung auf von Hayek allein eine Strukturprognose für tatsächlich möglich. Dagegen weist Schütz, WuW 1979, 13 m.E.

Forts.8) s. nächste Seite

Zunächst entspricht der Bundesgerichtshof seinem gewählten Ansatz und ermittelt die Vorstellungen der Wettbewerber hinsichtlich des zukünftigen Marktverhaltens der Sachs AG nach objektivierten Kriterien. Für die Annahme einer durch den finanziellen Rückhalt bei GKN intensivierten Abwehrbereitschaft der Sachs AG gegenüber Preiswettbewerb werden im wesentlichen drei Faktoren angeführt:

1. die zu 40% marktnahe Tätigkeit des GKN-Konzerns,
2. die Markterweiterungsabsicht von GKN (im Gegensatz zu einer reinen Finanzbeteiligung) und
3. die potentiell gefährdete Konsolidierung von Positionen des GKN-Konzerns auf anderen Zuliefermärkten im wettbewerblichen Umfeld, sofern der Preiswettbewerb auf den für den Zusammenschluß relevanten Märkten nicht abgewehrt werde¹.

Abgesehen davon, daß der Bundesgerichtshof nur auf den Preiswettbewerb abstellt und z.B. die Bedingungen für innovative Vorstöße unerörtert läßt², hat er mit den genannten Faktoren noch keine Verhaltensprognose, sondern nur die Wahrscheinlichkeit bestimmter Vorstellungen bei den Wettbewerbern begründet.

Statt nun den eigenen Maßstäben zu genügen und einzelfallbezogen nachzuweisen, daß diese Vorstellungen tatsächlich in ein wettbewerbslähmendes Verhalten umschlagen, der Eintritt einer solchen Wirkung "also wahrscheinlich ist"³, bleibt der Bundesgerichtshof auf halbem Wege stehen.

8) Forts.

überzeugend darauf hin, die Wettbewerbsstruktur zwar Schutzgegenstand der Fusionskontrolle ist, nicht jedoch notwendig Gegenstand der Prognose sein muß.

9) ebenso Baur, ZgS 1980, 450 f

1) WuW/E BGH, 1511

2) vgl dahingehend die Kritik von Böhlk/Schöppe, DB 1978, 1113

3) WuW/E BGH, 1507

Die diesbezüglich vom Kammergericht realitätsnah und marktbezogen angestellten Überlegungen führten zu dem Resultat, daß mit einer abschreckenden Wirkung auf die Entschlüsse der Marktbeteiligten nicht zu rechnen sei. Diese Prognose war gestützt auf den fehlenden Finanzbedarf für die relevanten Märkte und die mangelnde Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Preiswettbewerbs, welche insbesondere aus den nachfragemachtbedingten Schwierigkeiten, einmal erfolgte Preiszugeständnisse später wieder auszugleichen, resultierte¹. Ein weiteres Argument des Kammergerichts war die eigene Finanzkraft der Sachs AG, die erkennbar in der Lage war, jede wettbewerbliche Situation mit eigenen Mitteln zu bewältigen².

Diese Argumentation konnte der Bundesgerichtshof sachlich nicht widerlegen und behandelte sie deshalb als rechtlich unbeachtlich: Die Entscheidungsgründe begnügen sich damit, daß der Preiswettbewerb jedenfalls "nicht ... für alle Zukunft" ausgeschlossen werden kann. Weiter "kommt es ... nicht darauf an", wie groß der wettbewerbliche Spielraum der Sachs AG infolge ihrer eigenen Finanzstärke bereits war³. Es soll ausreichen, daß sie sich - was im Ergebnis begründungslos unterstellt wird - nach dem Zusammenschluß "jedenfalls eher und nachhaltiger zur Abwehr eines Preiswettbewerbs motiviert und entschlossen zeigen" wird⁴.

Untersagungsgrund ist angesichts des finanziellen Eigenpotentials der Sachs AG demnach nicht der von den Wettbewerbern zu vermutende Einsatz zusätzlicher Finanzkraft, sondern die schlicht unterstellte Bereitschaft der

1) WuW/E OLG, 1754 f

2) WuW/E OLG, 1755 f

3) WuW/E BGH, 1509

4) aaO, 1511

Sachs AG zur Preiskampfabwehr. Da die Wahrscheinlichkeit zukünftigen Wettbewerbs unter Zugrundelegung kaufmännisch vernünftigen Verhaltens der Marktteilnehmer auf dem relevanten Markt aber kaum zu begründen war¹, praktiziert der Bundesgerichtshof im Ergebnis abstrakte Gefahrenabwehr²:

1. Zukünftiger Preiswettbewerb ist zwar nicht konkret zu erwarten, jedoch auch nicht sicher auszuschließen.
2. Für den Fall, daß entgegen allen Erwartungen doch einmal Preiswettbewerb drohen könnte, ist die Sachs AG aus der Sicht der Wettbewerber "jedenfalls eher" zur Abwehr motiviert, auch wenn sie die Finanzkraft von GKN schon vorher zur Marktbehauptung gar nicht nötig hatte.
3. "Folglich" wirkt der Finanzkraftzuwachs abschreckend, denn es kann "nicht schon aufgrund der Kenntnis der Marktverhältnisse eine lähmende Wirkung des Zusammenschlusses auf das wettbewerbliche Verhalten der aktuellen und potentiellen Wettbewerber ausgeschlossen werden."³

Der Bundesgerichtshof ignoriert damit die markt- und unternehmensbezogenen Feststellungen des Kammergerichts und den Kenntnisstand der Wettbewerber zugunsten vager Vermutungen und pauschaler Unterstellungen⁴. Dadurch begibt er sich auf den Boden der Spekulation⁵ und setzt

1) vgl die unwiderlegten Ausführungen des KG, aaO, 1755

2) ähnlich Steindorff, ZGR 1978, 786 aE

3) WuW/E BGH, 1510

4) vgl aaO, 1511: "In aller Regel ist damit zu rechnen, daß ein hochkonglomeriertes Unternehmen ... das zu erwerbende Unternehmen seiner umfassenderen Geschäftspolitik einordnen wird."

5) so auch die Kritik von Hootz, BB 1978, 827 aE; ähnlich Moosecker, GRUR, 1978, 525; Schütz, WuW 1979, 16

sich in Widerspruch zu seinen eigenen Forderungen, wonach eine einzelfallbezogene Wahrscheinlichkeitsprüfung anzustellen ist¹.

Eine Entwicklung, welche nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, ist deshalb noch lange nicht wahrscheinlich.

Die Problematik des Sachs/GKN-Beschlusses liegt folglich darin, daß der Bundesgerichtshof zwar normativ den strukturellen Ansatz des Kammergerichtes bejaht, konkret aber die abstrakte Ressourcenbetrachtung des Bundeskartellamtes praktiziert².

Gemessen an den in der Entscheidung selbst gesetzten Prüfmaßstäben für eine marktbezogene Gewichtung zusätzlicher Ressourcenstärke, trägt die Begründung des Bundesgerichtshofes die Bestätigung der Untersagungsverfügung nicht³.

1) WuW/E BGH, 1507; Kritik wie hier bei Hootz, BB 1978, 827 re

2) vgl Böhlk/Schöppe, DB 1978, 1113 re, 1114 li; zustimmend Moosecker, GRUR 1978, 523 Fn 57; ähnlich Schütz, WuW 1978, 15 und 16, jeweils 2. Absatz

3) Die Kritiker, die die mangelnde Erforderlichkeit der Novelle gerügt haben, sind deshalb insoweit im Unrecht, als sie den BGH-Beschluß als Nachweis für die schon nach altem Recht mögliche Effektivität einer ressourcenorientierten Kontrolle vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse heranziehen - vgl etwa Hinz, MA 1966, 166 li; Kaiser, WuW 1978, 356; Schmidt, ZRP 1979, 42 li; zutreffend dagegen die Einschätzung in MK II, Tz 483

Zur Untersagungsfähigkeit der Sachs/GKN - Fusion unter horizontalen Aspekten, besonders zu nennen der Wegfall eines potentiellen Wettbewerbers, vgl. Böhlk/Schöppe, DB 1978, 1113 re; Markert, DB 1978, 681; Moosecker, GRUR 1978, 526; Schütz, WuW 1978, 6

4. Die Prognoseanforderungen in § 24 I

Die Diskrepanz zwischen den allgemeinen Prüfungsleitlinien und der praktischen Subsumtion im Fall Sachs/GKN wirft die Frage auf, ob die materiellen Eingriffsvoraussetzungen der Fusionskontrolle bis zur 4. Novelle der konkreten Falllösung des Bundesgerichtshofs oder seinen normativen Äußerungen zu entnehmen ist.¹

Mit der Zurückverweisung im Fall Klöckner/Becorit² hat der Bundesgerichtshof die Antwort nunmehr selbst gegeben: Grund für die Zurückverweisung war die unvollständige Gesamtbeurteilung³ des Zusammenschlusses und seiner zu erwartenden Folgen für die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Anlagen des hydraulischen Schreitausbaus durch das Kammergericht⁴. Ihm wurde konkret vorgeworfen, die Erwartung, daß durch den Zusammenschluß eine überragende Marktstellung entstehen werde, zu pauschal an den zukünftigen Marktanteil (42%) des durch den Zusammenschluß entstehenden Gemeinschaftsunternehmens⁵ geknüpft zu haben.⁶

Diesen Vorwurf erhebt der Bundesgerichtshof unter Bezugnahme auf die Entscheidung im Fall Sachs/GKN im Anschluß an die allgemeine Feststellung, die Prüfung der "überragenden Marktstellung" verlange eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise, die alle für die Marktstruktur relevanten Umstände - einschließlich der unternehmensbezogenen Merkmale in § 22 I 2 - in "ihrem wechselseitigen Zusammenwirken" zu erfassen habe.⁷

1) Moosecker, GRUR 1978, 523 li, und Böhlk/Schöppe, DB 1978, 1114 li, maßen der Beantwortung dieser Frage bereits nach altem Recht für die weitere Entwicklung der Fusionskontrolle ausschlaggebende Bedeutung zu.

2) WuW/E BGH, 1749, 1756

3) WuW/E BGH, 1755

4) WuW/E OLG, 2182 - bis zur zweiten Instanz wurde der Fall unter den Stichwort "hydraulischer Schreitausbau" besprochen

5) zum Sachverhalt vgl WuW/E BGH, 1749

6) vgl WuW/E BGH, 1755

7) WuW/E BGH, 1754 aE

Gegenüber der "entscheidenden Bedeutung struktureller Gesichtspunkte" sollen dabei "die vom aktuellen Wettbewerbsverhalten bestimmten Wettbewerbsverhältnisse" zwar zurücktreten¹, gleichwohl aber ein Prognostizieren des Wettbewerbsverhaltens "nach allgemeinen Mustern" nicht ausgeschlossen sein. Marktstruktur- und marktverhaltensbezogene Beurteilungen werden gewürdigt als "zwei verschiedene Betrachtungsweisen des Marktgeschehens, die sich in gewissem Maß ergänzen und gegenseitig beeinflussen", beide jedoch der Prüfung dienen, "ob die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ernstlich gefährdet wird".²

Diese Aussagen reichen in ihrer Bedeutung über die konkret streitige Frage im Fall Klöckner/Becorit - betreffend die richtige Gewichtung des Marktanteils im Hinblick auf die Entstehung einer überragenden Marktstellung - weit hinaus. Sie weisen die Fusionskontrolle gem. §§ 22 I 2, 24 I unmißverständlich als konkrete Gefahrenabwehr aus.

Dieser Voraussetzung entspricht die Einzelbegründung für die Untersagung im Fall Sachs/GKN nicht, denn sie stützt das Ergebnis letztlich nur auf den Ressourcenzuwachs als solchen und die abstrakte Möglichkeit des unternehmerischen Verhaltensspielraums³.

Wie die Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe zu Sachs/GKN für die Begründung der Zurückverweisung im Fall Klöckner/Becorit deutlich zeigt, sind demgegenüber zutreffend die vom Bundesgerichtshof - sachlich einig mit dem Kammergericht -

1) WuW/E BGH, 1754

2) WuW/E BGH, 1755 - ebenfalls unter Berufung auf die Entscheidungsgründe im Fall Sachs/GKN

3) Genau genommen verwendet der BGH nicht einmal das Argument des erweiterten Verhaltensspielraums, sondern stellt auf die als erhöht angesehene Bereitschaft der Sachs AG ab, die eigenen Mittel zu Preiskampfabwehr einzusetzen - vgl. WuW/E BGH, 1509. Das ist bei der generell kaum existierenden Wahrscheinlichkeit eines Preiswettbewerbs eine isolierte Spekulation über "unternehmerische Einzelentscheidungen", die der BGH selbst ablehnt (aaO). Wenn zusätzlich die Vorstellungen der Wettbewerber ohne Rücksicht auf deren Marktkennntnis und Bewußtsein von der Unsinnigkeit verlustbringender Preiskämpfe prognostiziert werden - aaO, 1510 -, so liegt das "fern vom Wettbewerbsgeschehen", Schütz, WuW 1979, 16; unverständlich deshalb die Gegenansicht von Raisch, Konkretisierung, 553 f: "Diese Wirkung (des Zusammenschlusses) sieht der Bundesgerichtshof sehr viel realitätsbezogener als das in diesem Punkt übervorsichtige Kammergericht." (Hervorhebung von Verf.)

abstrakt aufgestellten Prüfmaßstäbe¹. Die "Erwartung" der Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung ist dementsprechend marktbezogen zu begründen im Rahmen einer auf den Einzelfall abgestellten Wahrscheinlichkeitsprüfung, wobei alle strukturelevanten markt- und unternehmensbezogenen Faktoren einer umfassenden Gesamtbetrachtung zu unterwerfen und nachvollziehbar gegeneinander abzuwägen sind. Verhaltensprognosen sind zulässig, soweit sie auf objektivierte, dh strukturbedingt typische Verhaltenserwartungen zurückzuführen sind.

5. Die zeitliche Reichweite der Prognose in § 24 I

Das allgemein zu beachtende Objektivierungs- und Konkretisierungsbedürfnis der Prognose nach § 24 I entschärft zugleich die bisher - gerade wegen dieses Beurteilungszusammenhangs - noch nicht angesprochene Problematik der für die Wahrscheinlichkeitsprüfung zulässigen und erforderlichen zeitlichen Reichweite. Ursächlich für diese Problemstellung war wohl die Regierungsbegründung zu § 24 I, in der es heißt²:

"§ 24 Abs. 1 stellt darauf ab, ob zu erwarten ist, daß "durch" den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Die marktbeherrschende Stellung muß also nicht im Zeitpunkt des Zusammenschlusses entstehen oder verstärkt werden; der Zusammenschluß muß nur für sie ursächlich sein. Die Kartellbehörde ist daher nicht auf die Würdigung der Wettbewerbsbedingungen beschränkt, wie sie sich für den Augenblick des Zusammenschlusses darstellen. Diese Vorausschau auf die künftige Wettbewerbsentwicklung ist nötig, wenn sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen läßt, daß die mit dem Zusammenschluß geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald verschlechtern werden."

Vor allem im Schrifttum wurde unter Berufung auf die

1) Moosecker, GRUR 1978, 523 li; ähnlich Böhlk/Schöppe, DB 1978, 1114 li

2) BT-Dr VI/2520, 29 re (Hervorhebungen von Verf.)

"alsbald" erforderliche Änderung der Wettbewerbsvoraussetzungen geltend gemacht, erforderlich und ausreichend für die Prognose sei eine "kurz-, höchstens mittelfristige Vorschau"¹. Der Bundesgerichtshof dagegen interpretierte in der Sachs/GKN-Entscheidung die Regierungsbegründung dahingehend, daß nur die strukturellen Wettbewerbsvoraussetzungen sich "alsbald" verändern müßten, aber "wegen der Unumkehrbarkeit der durch einen Zusammenschluß hervorgebrachten strukturellen Veränderungen gerade auch deren längerfristige Wirkungen ins Auge zu fassen" seien².

Er unternimmt damit eine künstliche, logisch kaum nachvollziehbare Zweiteilung des Begriffs der "künftigen Wettbewerbsentwicklung" in strukturelle Merkmale einerseits und deren "Einfluß auf den Verhaltensspielraum beim Einsatz einzelner Aktionsparameter oder bei der Entwicklung unterschiedlicher Marktstrategien"³ andererseits. Der Bundesgerichtshof versucht so, die als zu eng empfundenen Prognoseanforderungen der Regierungsbegründung zu senken und trotzdem die Grenzen der danach möglichen Wortbedeutung einzuhalten⁴.

Der Meinungsstreit um die zeitliche Reichweite entpuppt sich damit als Auslegungskontroverse hinsichtlich des begrifflichen Zusammenhangs der Faktoren "Wettbewerbsvoraussetzungen" und "alsbald". Diese Auseinandersetzung erhebt jedoch die Regierungsbegründung quasi in den Rang eines Gesetzes und erweist ihr damit eine Reverenz,

1) Kleinmann/Bechtold, § 24 Rdz 8; ähnlich Westrick/Loewenheim, § 24 Rdz 25 aE - "in naher Zukunft" - und Huber, WuW 1975, 381 - "in absehbarer Zeit"; wie Huber auch FK, § 24 Rdz 44; das KG hat im Fall Sachs/GKN die Formulierung der RegB - "alsbald" - wörtlich verwendet, vgl WuW/E OLG, 1754

2) WuW/E BGH, 1508

3) WuW/E BGH, 1508

4) ähnlich gesehen von Steindorff, ZGR 1978, 784

die ihr nicht zukommt¹.

"Lassen wir daher die Regierungsbegründung beiseite und kehren zurück zum Gesetz und seiner Anwendung."²

Die Frage, inwieweit die Rechtfertigung der "Erwartung" iSd § 24 I die Berücksichtigung künftiger Entwicklungen erfordert und zuläßt, ist durch die abstrakt aufgestellten Begründungsanforderungen für die Marktmachtprognose³ bereits implizit erschöpfend beantwortet: Das Gebot konkreter Gefahrenabwehr verbietet es, die Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse nur abstrakt, etwa im Sinne einer gedanklichen Deduktion, aus dem isolierten Vorhandensein bestimmter Tatbestandsmerkmale des § 22 I 2 zu folgern. Ist demgegenüber positiv erforderlich, die "künftige Wettbewerbsentwicklung" anhand einer abwägenden Gesamtbetrachtung der die konkreten Marktverhältnisse bestimmenden tatsächlichen Umstände zu beurteilen, so reicht die Prognose jeweils gerade soweit in die Zukunft, wie das zur Verfügung stehende Tatsachenmaterial dies zuläßt.

Alte, lange in Ruhe befindliche Märkte z.B. mögen eine längerfristige Vorschau erlauben, als neue, noch heftig umkämpfte oder besonders konjunkturanfällige Märkte⁴.

Absolute Fristen lassen sich deshalb nicht setzen. Angesichts des Verbots abstrakter Eingriffsvoraussetzungen kann die Prognose jedoch nicht weiter in die Zukunft reichen, als die künftige Wettbewerbsentwicklung im Sinne einer Plausibilitätskontrolle konkret absehbar ist⁵.

1) so auch Steindorff, ZGR 1978, 784; im Ergebnis ähnlich Schütz, WuW 1979, 8 f

2) Schütz, WuW 1979, 9

3) vgl S. 127

4) vgl auch RegB, BT-Dr VI/2520, 29 f, in der auf den Reifegrad des Marktes und das Umschlagen potentieller in aktuelle Konkurrenz abgestellt wird

5) die Formulierung Hubers, WuW 1975, 381 - "in absehbarer Zeit" - trifft deshalb zu

"Mit § 24 Abs.1 ist es daher nicht vereinbar, der Prognose nur irgendwelche "Fernwirkungen" zu unterwerfen."¹

Mehr als diese negative Grenze läßt sich zu dem Problemkreis nicht beisteuern. Dies mag zwar, gemessen an dem Interesse an einer möglichst kalkulierbaren Fusionskontrolle, bedauerlich sein, doch folgt aus der Natur der Sache, "daß der Grundsatz der Rechtssicherheit selbst bei bestem Bemühen im Rahmen einer auf die Zukunft bezogenen Prüfung nur höchst unvollkommen zu verwirklichen ist."²

III. Die Kontrolle ressourcenaktiver Zusammenschlüsse bis zur 4. Novelle - Zusammenfassung

Die Auswertung der Entscheidungspraxis zu §§ 22 I 2, 24 I hat ergeben, daß - zumindest nach altem Recht - die überragende Finanzkraft eines Unternehmens nicht per se auch dessen überragende Marktstellung begründet oder auf andere Weise wettbewerbsgefährdend ist³. Zwar ist es grundsätzlich zulässig, dem finanziellen Potential eines Unternehmens große wettbewerbliche Bedeutung zuzumessen⁴.

Keinesfalls jedoch dürfen sich Kartellbehörden und -gerichte mit der Feststellung überragender Finanzkraft als solcher begnügen und die überragende Marktstellung allein aufgrund der abstrakten Möglichkeit erweiterter Verhaltensspielräume unterstellen⁵. Vielmehr wird die Finanzkraft durch § 22 I 2 nur in dem Maße erfaßt, wie

1) Schütz, WuW 1979, 10

2) Moosecker, GRUR 1978, 523 re

3) zuletzt WuW/E OLG, 2186 - hydraulischer Schreitausbau

4) vgl zB RegB, BT-Dr VI/2520, 30: Die Verstärkung einer überragenden Marktstellung ist denkbar, ohne daß der Marktanteil sich erhöht. Eine Verstärkung kann z.B. darin liegen, daß hinter einem unverändert gebliebenen Marktanteil in Zukunft eine höhere Finanzkraft steht..."

5) vgl S.125 ff

sie sich in tatsächlich nachweisbarer Marktmacht niederschlägt¹.

Dieser Nachweis ist jeweils einzelfallbezogen zu führen. Er setzt voraus, daß die konkreten Marktbedingungen gerade die Finanzkraft als erheblich wettbewerbswirksam ausweisen². Darüber hinaus ist positiv festzustellen, ob nicht andere wettbewerbswirksame Kriterien allein oder im Verbund mit anderen die Bedeutung der Finanzkraft kompensieren oder sogar überwiegen³.

Die "Erwartung", daß durch den Zusammenschluß mit einem finanzstarken Großunternehmen die überragende Markstellung des kleineren Zusammenschlußbeteiligten sich spürbar verstärkt oder ein überragender Verhaltensspielraum für diesen erstmals entsteht, bedarf ebenfalls einer objektivierten, realitätsbezogenen Begründung: Es muß aufgrund der konkreten Marktverhältnisse plausibel sein, daß - die Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft auf dem relevanten Markt generell vorausgesetzt - der zusätzliche finanzielle Rückhalt den Verhaltensspielraum des Fusionspartners über dessen eigene Möglichkeiten hinaus erweitert⁴. Die globale, auf den Ressourcenzuwachs als solchen zurückgeführte Unterstellung dessen subjektiv erhöhter Bereitschaft zur Preiskampfabwehr genügt dagegen nicht⁵.

Erst wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen, bzw.

1) Dasselbe gilt natürlich für alle Merkmale des § 22 I 2; ebenso Jüngst, 85

2) vgl die auf S.115fbesprochenen Entscheidungen

3) aus der Rspr vgl etwa WuW/E OLG, 1924 zu 4. - Thyssen/Hüller

4) ebenso Ramrath, FIW 84, 70 f

5) die zuwiderlaufende Praxis des BGH im Fall Sachs/GKN beruht auf einem Subsumtionsfehler - vgl S. 121 ff

die Marktteilnehmer davon ausgehen müssen¹, ist mit einer wettbewerbslähmenden Wirkung des Zusammenschlusses zu rechnen und erfüllt der Zusammenschluß den Untersagungstatbestand des § 24 I.

IV. Ergebnis

Im Hinblick auf die bisherige Praxis zu § 24 I iVm § 22 I 2 systemkonform ist die Auslegung des § 23a I als materielle Beweislastvorschrift, denn sie wahrt den materiellen Vor-
rang der §§ 24 I, 22 I 2.²

Weil durch die materielle Beweislastumkehr keine Präklusion von Widerlegungstatsachen stattfindet, sondern diese gerade aus den materiellen Bezugsnormen der Ressourcenvermutungen zu entwickeln sind³, würde die zur Rechtfertigung einer Untersagung bisher notwendige "umfassende Gesamtbetrachtung" auch in Zukunft stattfinden. Deren Verlagerung in die Prüfung der Vermutungswiderlegung stattet zwar die Kartellbehörde mit Beweisvorteilen aus und erleichtert so die Fest-
stellung der materiellen Untersagungs Voraussetzungen⁴, doch erweitert sie die Eingriffsbefugnisse im Rahmen der §§ 24 I, 22 I 2 selbst nicht.

Systemwidrig sind dagegen - bezogen auf die Ausgestaltung der §§ 24 I, 22 I 2 durch die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung - Regelbeispiele mit dem Inhalt des § 23a I. Sie gewährleisten weder ihrem Inhalt noch ihrer Widerlegbarkeit nach⁵ die nach geltendem Recht erforderliche marktbezogene Einzelfallbetrachtung. Die Beschränkung der Widerlegbarkeit auf atypische Ausnahmekonstellationen bedingt, daß das Fehlen bisher untersagungsbegründender Umstände in vielen Fällen die Unternehmen nicht mehr entlasten kann. Dadurch würden Zusammenschlüsse untersagungsfähig, die bisher erlaubt waren.

1) nach den ihnen bekannten Markt- und Unternehmensdaten und unter Anwendung kaufmännisch vernünftiger Überlegungen

2) vgl S. 110

3) vgl nur S. 46

4) ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 76 aF

5) vgl zur Sachgerechtigkeit der Vermutungen den dritten Abschnitt dieser Arbeit, S. 65 ff; zu den Auswirkungen der Widerlegungsbeschränkungen durch Regelbeispiele vgl S. 49 ff

Neuntes Kapitel: Die "Fortentwicklung" der Fusionskontrolle
durch § 23a I

Nach dem Willen des Gesetzgebers bezweckt die Einführung des § 23a I eine - bezogen auf die Entscheidungsgründe des Bundesgerichtshofs im Fall Sachs/GKN¹ - "maßvolle Fortentwicklung" der Fusionskontrolle.²

Zu klären ist deshalb, ob diese Zielsetzung über nur "beweiserleichternde Vermutungstatbestände"³ hinaus für die in § 23a I umschriebenen Zusammenschlußkonstellationen auch ein materielles Neuverständnis der §§ 24 I und 22 I 2 erfordert. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob die mit der Tatbestandswirkung von Regelbeispielen praktisch verknüpften Belastungswirkungen⁴ vom Gesetzgeber tatsächlich beabsichtigt sind und insoweit auch eine Korrektur der bisherigen Rechtsprechung zu §§ 24 I, 22 I 2 gewollt ist.

I. Ratio legis

§ 23a I dient erklärtermaßen dem Zweck, die Kontrolle vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse zu effektuieren.⁵ In diesem Bereich fehlte es bis zur 4. Novelle an quantifizierbaren Maßstäben für die Wettbewerbswirksamkeit überragender Ressourcenstärke.

Dies hatte nicht nur den relativen Anteil marktübergreifender Zusammenschlüsse an der Konzentrationsentwicklung insgesamt beträchtlich erhöht, sondern nach Ansicht des Gesetzgebers auch zu einer wettbewerbspolitisch bedenklichen Begünstigung von Großunternehmen geführt, "die über die Mittel der vertikalen und konglomeraten Konzentration eher verfügen als kleine und mittlere Unternehmen".⁶ Tatsächlich hatte das Bundeskartellamt in mehreren Wirtschaftszweigen als

1) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

2) Graf Lambsdorff, WuW 1980, 289 aE; vgl auch RegB, BT-Dr 8/2136, 13 li

3) RegB, aaO, 13 re

4) vgl dazu S. 52 ff

5) vgl RegB, aaO, 12 f; WA-Bericht, aaO, 1

6) RegB, aaO, 13 li

Reaktion auf das erste Eindringen von - oft vertikal oder konglomerat verflochtenen - Großunternehmen in mittelständische Märkte eine Kette von Folgefusionen beobachtet.¹

Die infolgedessen und wegen der zunehmenden Kumulierung von Ressourcen bei Großunternehmen² fortgeschrittene "Vermachtung von Wettbewerbsstrukturen" war dem Gesetzgeber Anlaß und Rechtfertigung für die Einführung der Ressourcenvermutungen.³

Sie dienen der praktischen Symmetrie horizontaler Zusammenschlußkontrolle auf der einen und marktübergreifender Zusammenschlußkontrolle auf der anderen Seite.⁴ Wesentlich dabei ist, daß der Gesetzgeber die letztgenannten Konzentrationsvorgänge über das Merkmal der überragenden Marktposition für "grundsätzlich faßbar" hielt. Er bemängelte dementsprechend nicht die Qualität der materiellen Norm, sondern nur die im Verhältnis zur Marktanteilsbetrachtung geringe praktische Durchschlagskraft der in § 22 I 2 angelegten Ressourcenbetrachtung.⁵

Dem Umgängen der Fusionskontrolle in diesem Bereich⁶ glaubte der Gesetzgeber folglich durch Beweiserleichterungen abhelfen zu können, die - gleich den Marktanteilsvermutungen für horizontale Zusammenschlüsse - "für diese Fälle ... dem Bundeskartellamt und den Gerichten konkrete Anhaltspunkte

-
- 1) vgl TB 1976, BT-Dr 8/704, 21 f - insbesondere das Beispiel BASF/Glasurit; TB 1977, BT-Dr 8/1925, 18 - zum Fortschreiten dieser Entwicklung im Brennstoff-, Baustoff-, Reifen- und Glashandel, im Banken- und Transportwesen sowie in der Brauindustrie; kritisch zu den statistischen Angaben des BKartA Harms, FiW 81, 70 f, 74 f
 - 2) Nach den Erhebungen der Monopolkommission zur Konzentration im Bereich von Großunternehmen für die Jahre 1972 - 1975 zeichnete sich auch eine starke Zunahme von Mehrheitsbeteiligungen aus dem Kreis der "100 Größten" ab, wobei als Erwerber wiederum die rangführenden Unternehmen an dieser Konzentrationsbewegung überproportionalen Anteil hatten - vgl MK I, Tz 55, 282
 - 3) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 li
 - 4) RegB, BT-Dr 8/2136, 13 li
 - 5) vgl RegB, aaO, 13 li
 - 6) vgl dazu auch MK I, Tz 4 f, 912 f, sowie die Stellungnahme der BReg in BT-Dr 8/702, Tz 49 f

bei der Entscheidungsfindung liefern".¹

In dieser Aussage der Regierungsbegründung ist eine Doppel-
spurigkeit angelegt, die sich im Bericht des Wirtschaftsaus-
schusses fortsetzt und die Bestimmung der ratio legis aus
teleologischer Sicht problematisch gestaltet: Die "Lücke
des geltenden Fusionskontrollrechts"² soll durch beweis-
lastumkehrende Vermutungen geschlossen werden, die zugleich
als konkrete Typisierungen wettbewerblicher Gefährdungslagen
der Verwaltungspraxis und den Gerichten "deutliche Orientie-
rungshilfen"³ geben.

Diese Verknüpfung deutet - ganz im Sinne derer, die die Ver-
mutungen als Regelbeispiele in Anspruch nehmen - darauf hin,
daß § 23a I "nicht ohne Einfluß" auf die Auslegung des § 24 I
bleiben und zwischen beiden Normen "eine enge wechselseitige
Beziehung" bestehen soll⁴. Problematisch ist dies deshalb,
weil beweisrechtliche und materielle Auslegung des § 23a I
sich entgegen der impliziten Unterstellung des Gesetzgebers
gerade nicht im Hinblick auf eine einheitliche Rechtsfolge
ergänzen.

Wie sich vielmehr aus der Gegenüberstellung beider Ausle-
gungsansätze und der mangelnden Realitätsnähe der Ressour-
cenvermutungen ergeben hat⁵, derogiert die materielle Aus-
legung des § 23a I im Gegensatz zur nur beweisrechtlichen
die bisherigen Eingriffsvoraussetzungen zugunsten einer
kaum widerleglichen per se-Regel mit Verbotscharakter.⁶

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 13 li

2) RegB, aaO, 13 li; vgl auch WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26
li; kritisch zur Existenz einer Schutzlücke Bechtold, BB
1978, 566; Hinz, MA 1978, 167; Kaiser, WuW 1978, 346,
356; zweifelnd Schmidt, ZRP 1979, 42, und Schütz, DB 1979,
199; ähnlich schon Harms, FIW 81, 81

3) so die Formulierung im WA-Bericht, aaO, 26 li

4) so ausdrücklich Schultz, WuW 1981, 103; inhaltlich eben-
so Wolf, WuW 1980, 470; ähnlich schon Ulmer, WA-Prot
8/53, 41: "Auslegungshilfe"

5) vgl S. 25 ff und S. 65 ff

6) vgl S. 51 aE, 52 und S. 132

Diesen Gegensatz und die Notwendigkeit einer Entscheidung ignoriert der Gesetzgeber, wenn er beweis- und materiell-rechtliche Funktionen des § 23a I wunschgemäß zusammenfaßt in der globalen Zielvorstellung, die Fusionskontrolle fortzuentwickeln, ohne ihren "Markt- und Machtbezug ... aufzugeben"¹.

Diesem Bekenntnis zum Marktmachtkonzept könnte im Gegenschluß die Absage an die materielle Auslegung des § 23a I entnommen werden, wenn der Gesetzgeber nicht an anderer Stelle betont hätte, durch die Wahl der quantitativen Kriterien ziele der Entwurf gerade auf große Unternehmen und damit auf die Erfassung "wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutsamer Zusammenschlüsse"². Noch weiter entfernt von einer rein wettbewerbsbezogenen Betrachtungsweise sind die frühen Äußerungen der Bundesregierung, denenzufolge § 23a I eine "ausgewogene Unternehmensgrößenstruktur" und "zugleich" einen "strukturellen Nachteilsausgleich" für mittelständische Unternehmen gewährleisten soll.³

Diesen Zielvorstellungen entsprechen rein materielle Beweislastregeln, die im Rahmen der Widerlegbarkeit immer eine marktmachtbezogene Gesamtbetrachtung des Einzelfalles garantieren⁴, gerade nicht. Regelbeispiele mit dem Inhalt des § 23a I dagegen wären ein taugliches Instrument zur Strukturierung und könnten auch die Konzentration im Bereich oder zugunsten von Großunternehmen maßgeblich eindämmen.⁵

All diese Widersprüche scheinen den Materialien zu § 23a I jede Aussagekraft für die teleologische Auslegung der Ressourcenvermutungen zu nehmen. Bei genauerem Hinsehen läßt sich jedoch feststellen, daß sich der Regelungswille des Gesetzgebers in seiner normativen Reichweite eindeutig bestimmen läßt. Mehrdeutig bzw. unvereinbar mit dem recht-

1) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 li

2) RegB, BT-Dr 8/2136, 13 re

3) Stellungnahme zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II, 11 1. Abs aE und re 2. Abs - vgl dazu bereits S. 67 aE, 68

4) vgl S. 46

5) vgl S. 63

lichen Ausgangspunkt des Gesetzgebers sind dagegen seine tatsächlichen Reformvorstellungen und Regelungserwartungen.

1. Die Inkongruenz von Rechtsetzungswille und Regelungserwartung

Der Schlüssel zur Aufklärung der teleologischen Widersprüche und Mehrdeutigkeiten liegt in der Ausgangsprämisse des Gesetzgebers, Mittelstandsschutz durch Strukturwahrung einerseits und Wettbewerbssicherung andererseits gingen in der Verhinderung ressourcenaktiver Unternehmenskonzentration sachlich eine Synthese ein¹. Diese tatsächliche Annahme hat sich sowohl im allgemeinen als auch in Bezug auf die einzelnen Tatbestände des § 23a I als falsch erwiesen.²

Daraus folgt, daß weder die Erhaltung mittelständischer Marktstrukturen noch eine Verminderung der Konzentration mit einem rein wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium zu erwirken ist. Mit der Fusionskontrolle auch diesen Zielen folgen zu wollen, bedingt deshalb zwingend die Notwendigkeit, ihren Marktmachtbezug teilweise aufzugeben.³

Gegen eben diese Konsequenz hat sich der Gesetzgeber jedoch unmißverständlich verwahrt.⁴ § 23a I beinhaltet "nicht ... eine grundsätzliche Neuorientierung" der Fusionskontrolle, sondern soll "in Übereinstimmung mit der bisherigen wettbewerbspolitischen Grundlinie ... die kartellrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten an klare und kalkulierbare Machtschwellen" binden. "Generalklauselartige, von der Marktmacht losgelöste Untersagungsmöglichkeiten" für Unternehmenszusammenschlüsse hat die 4. GWB-Novelle nicht geschaffen.⁵

-
- 1) zu den grundlegenden Prämissen des § 23a I vgl ausführlich bereits S. 68 ff
 - 2) vgl S. 73 ff (80 f) einerseits und S. 92 ff (99 f, 108 f) andererseits
 - 3) vgl dazu auch S. 107 vor Fn 4
 - 4) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 li
 - 5) so Graf Lambsdorff im "Geleitwort zur 4. Kartellgesetznovelle", WuW 1980, 289 f

Dem entsprechen die amtlichen Stellungnahmen zum Rechtscharakter der Ressourcenvermutungen, die - ungeachtet ihrer beweislastumkehrenden Funktion im seltenen Fall des non-liquet¹ - "eher ... Aufgreifattbestände" sind², welche die materiellen Eingriffsvoraussetzungen der Fusionskontrolle unberührt lassen. Die Bezeichnung der Vermutungen als "konkrete Anhaltspunkte"³ oder "deutliche Orientierungshilfen"⁴ für die Entscheidung über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung bestimmter Zusammenschlüsse erfolgt in dem überwiegend marktmachtorientierten Kontext der amtlichen Stellungnahmen nur als beiläufige Zusatzbeschreibung.

Ausgehend von der Sachgerechtigkeit des § 23a I⁵ kann diese Äußerung nur auf zwei gedanklichen Voraussetzungen beruhen: Entweder basiert sie auf der falschen Annahme, Beweislastregeln implizierten eo ipso auch Auslegungshilfen⁶, oder aber sie fußt auf der ebenfalls fehlerhaften Prämisse, durch eine auch materielle Auslegung des § 23a I ließen sich Antikonzentrationen- und Wettbewerbspolitik im Sinne einer noch marktmachtkonformen "Mittellinie"⁷ sachlich ineinander überführen⁸.

Ist die zusätzlich materielle Qualifikation der Ressourcenvermutungen aber ausschließlich durch unzutreffende tatsächliche Grundvorstellungen veranlaßt, so zeugt sie nicht von einem materiellen Rechtsetzungswillen, sondern nur von einem Irrtum des Gesetzgebers. Sein Bemühen um eine "Konti-

-
- 1) zu den Voraussetzungen, unter denen sich die Kartellbehörde auf ein non-liquet berufen darf, vgl zuletzt WuW/E BGH, 1754 - Klöckner/Becorit
 - 2) so der WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 li, die Stellungnahme des WA zur Rechtsnatur des § 22 III in BT-Dr 7/765, 6 in wörtlicher Wiederholung bekräftigend; inhaltlich ebenso RegB, BT-Dr 8/2136, 13 re
 - 3) RegB, aaO, 13 li
 - 4) WA-Bericht, aaO, 26 li
 - 5) vgl RegB, aaO, 19 re
 - 6) so wohl Ulmer, WA-Prot 8/53, 40 f; vgl aber S. 29 ff mN
 - 7) vgl Graf Lambsdorff, WuW 1980, 290
 - 8) vgl in diesem Zusammenhang auch die apodiktische Behauptung von Nagel, DB 1979, 1021 re: "Die Fusionskontrolle ist Antikonzentrationenrecht."

nuität der Wettbewerbspolitik"¹ und sein Bekenntnis zum Marktmachtkonzept wollte er weder abschwächen noch insgesamt in Frage stellen. Er hat lediglich die auf diesem Wege zu erzielenden Reformwirkungen rechtlich und tatsächlich überschätzt.

Noch deutlicher als durch den gesamten Kontext der offiziellen Materialien und allgemeine Absichtserklärungen im Vorbereitungsstadium der 4. Novelle² wird dieses Ergebnis bestätigt durch die eindeutige Absage, die der Gesetzgeber im Verlauf der parlamentarischen Beratungen allen Alternativkonzepten erteilt hat.³

Weil er nicht nur die Abkopplungsvorschläge⁴, sondern mit der Potentiallösung auch eine Absenkung der Untersagungsschwelle auf nur noch abstrakt marktmachtbezogene Gefährdungstatbestände abgelehnt hat⁵, findet die Fusionskontrolle auch weiterhin in der Marktbeherrschung teleologisch verbindlich ihren "zentralen Ansatzpunkt"⁶.

2. Folgerungen

Auch für den durch die Vermutungen des § 23a I umschriebenen Anwendungsbereich der Fusionskontrolle verbietet § 24 I iVm § 22 I 2 nur die Entstehung oder Verstärkung einer übertragenden Marktstellung. Eine allgemein antikonzentrativen Untersagungspraxis ist davon nicht gedeckt, denn eine übertragende Marktstellung kann "immer nur auf einem bestimmten Markt geschehen"⁷.

Wenn v.WOEDTKE diese Feststellung als "unklar und irreführend" bezeichnet und § 22 I 2 die Bezugnahme auf einen relevanten Markt abspricht⁸, so überzeugt seine Kritik nicht.

1) so schon die Stellungnahme der BReg zum TB 1977, BT-Dr 8/1925, II 11

2) vgl nur die Stellungnahme der BReg zum TB 1977, aaO, II

3) ähnlich Harms, GK, § 23a Rdz 76 f

4) vgl S. 6 ff, 13

5) vgl S. 14 ff, 23 f

6) so bereits die Stellungnahme der BReg zum TB 1977, aaO, II re

7) Huber, WuW 1975, 383

8) S. 138, Fn 76

Auch ohne daß der "Marktanteil" die ressourcenorientierten Kriterien in § 22 I 2 "blockiert"¹, weist der Gesetzestext den Marktmachtbezug dieser Vorschrift deutlich aus.

Die Marktstellung muß im Verhältnis zu den Wettbewerbern überragend sein, § 22 I 2. Da die Unternehmen nur in bestimmten wirtschaftlichen Bereichen - eben den "Märkten" - konkurrieren, setzt die Feststellung eines Machtgefälles die Abgrenzung des dafür relevanten Marktes zwingend voraus². "Ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Markt hat der Begriff des Wettbewerbs keine Bedeutung."³

Da die Fusionskontrolle auch nach Inkrafttreten der 4. Novelle konkrete Gefahrenabwehr bleiben soll⁴, dürfen die relevanten Märkte nicht nur als abstrakt gefährdet in Bezug genommen werden. Erforderlich ist vielmehr, "daß etwaige Wettbewerbsvorsprünge im weiteren Wettbewerbsgeschehen kraft der durch den Zusammenschluß geschaffenen Marktstruktur und/oder wettbewerbswirksamen Ressourcen erhalten oder abgesichert bleiben"⁵.

Folglich hat die Widerlegungsregelung zu § 23a I in jedem Einzelfall die konkrete Überprüfung des Zusammenschlusses daraufhin zu gewährleisten, ob seinetwegen eine untersagungsbe gründende Wettbewerbsgefährdung "auch zu erwarten steht, ihr Eintritt also wahrscheinlich ist"⁶.

1) vgl v. Woedtker, 237

2) vgl insbesondere das Tatbestandsmerkmal "Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen"; ein überzeugendes Plädoyer für die Beibehaltung der Rechtsfigur des relevanten Marktes hält Baur, Markt, 301 ff; er weist vor allem darauf hin, daß mit dem relevanten Markt auch das Kriterium potentiellen Wettbewerbs entfielen - S. 306 aE

3) Blechman, GRUR Int. 1980, 652 re

4) vgl S. 24

5) so zuletzt WuW/E BGH, 1755 - Klöckner/Becorit - zur Entstehung einer überragenden Marktstellung

6) WuW/E BGH, 1507 - Sachs/GKN; die vom Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze sind deshalb, soweit sie die Anforderungen an den Marktmachtbezug einer auf die Ressourcentheorie gestützten Untersagungsverfügung konkretisieren, als Richtlinien für die Widerlegbarkeit der Vermutungen heranzuziehen - ähnlich Kaiser, WuW 1978, 353; aA ohne Begründung Immenga, NJW 1980, 1420

II. Das Marktmachtkonzept als Grenze teleologisch zulässiger Rechtsfortbildung in § 24 I und § 22 I 2

Unter den genannten Voraussetzungen sind die durch § 23a I eröffneten Möglichkeiten, die Eingriffsvoraussetzungen der Fusionskontrolle in Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers verschärft zu interpretieren, sehr gering.

1. § 24 I

Soll die Fusionskontrolle marktmachtbezogen konkrete Gefahrenabwehr bleiben, lassen sich die allgemeinen Wahrscheinlichkeitsanforderungen für die Marktmachtprognose in § 24 I¹ nicht absenken. Sie scheiden gerade - dies war an der Diskrepanz zwischen Prüfungsmaxime und Einzelfallpraxis im Fall Sachs/GKN deutlich abzulesen² - die konkretisierte "Erwartung" von der nur abstrakten Möglichkeit wettbewerbs-schädlicher Entwicklungen.

Das gesteckte Ziel, die aus disproportionaler Unternehmensgröße "an sich" folgenden Wettbewerbsrisiken bei marktübergreifenden Zusammenschlüssen effektiver zu erfassen³, ist deshalb - wenn überhaupt - nur durch eine modifizierte Anwendung des § 22 I 2 zu erreichen.⁴

2. § 22 I 2

Anders als § 22 I 1 setzt § 22 I 2 das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs nicht voraus.⁵ Die Praxis sowie auch die weit- aus überwiegende Meinung in der kartellrechtlichen Literatur verstehen beide Tatbestände zutreffend als alternativ gleichberechtigte Marktbeherrschungsbegriffe.⁶ Eine

1) vgl. S. 125 ff

2) vgl. S. 120 ff, 124

3) RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li; vgl. auch WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 re

4) Auch v. Woedtke sieht § 22 I 2 als Ansatzpunkt für die verbesserte rechtliche Erfassung marktübergreifender Zusammenschlüsse (vgl. S. 112 ff), kommt aber zu anderen Ergebnissen - vgl. hier S. 133 f, 143 ff

5) vgl. S. 111 f

6) wie vor; vgl. auch BKartA in WuW 1974, 320 li: "... eine überragende, der Marktbeherrschung gleichzustellende Marktstellung."; weitere Nachweise für die Praxis des BKartA bei Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdz 77; aus der Lit. vgl. Wirz, WRP 1977, 245; ders., FIW 66, 54 f; Hintze, WuW 1977, 19 f; Ulmer, BB 1977, 357 f; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 22 Tz 17; Ramrath, FIW 84, 11 f; Jüngst, 69

Mindermeinung im Schrifttum macht demgegenüber zwar geltend, § 22 I 2 habe nur "Ergänzungs- und Hilfscharakter". In die Prüfung einer überragenden Marktstellung sei dementsprechend nur dann einzutreten, wenn die vorrangige Frage nach der Existenz wesentlichen Wettbewerbs zu einem non liquet geführt habe¹.

Selbst wenn die letztgenannte, engere Auffassung zutreffend sein sollte, so wäre doch durch § 22 I 2 wenigstens bei Eintritt dieses non liquet die Möglichkeit eröffnet, die rechtliche Schwelle des Marktbeherrschungsbegriffs abzusenken².

Für die Praxis ist jedoch davon auszugehen, daß § 22 I 2 als eine gleichberechtigte Form der Marktbeherrschung mit geringeren Anforderungen, dh als "materielle Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs"³ betrachtet und angewendet wird⁴.

Da aufgrund des möglichen wesentlichen Wettbewerbs § 22 I 2 nicht eine aktuelle Monopolsituation, sondern nur einen "im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern" überragenden Verhaltensspielraum⁵ des betreffenden Unternehmens voraussetzt, umschreibt diese Vorschrift eine Situation, die mit der amerikanischen Eingriffsvoraussetzung nach Sec. 7 Clayton Act - "to tend to create a

-
- 1) Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdz 74 ff, 75; ebenso Moosecker, GRUR 1978, 523 re; vgl auch Fischötter/Lübbert, BB 1977, 115; Lübbert, WuW 1977, 568; Knöpfele, BB 1973, 1180 f; Hermanns, WRP 1976, 746 f; Hootz, BB 1976, 1240
 - 2) Westrick/Loewenheim, § 22 Tz 22, und Kirschstein, 80, sprechen von einem graduellen Unterschied
 - 3) Ramrath, FIW 84, 13
 - 4) vgl die Nachweise S. 141; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 22 Rdz 77; Wirz, FIW 66, 57; ders. WRP 1977, 247; Emrich, 82 f; zuletzt Jüngst, 75; aus der Praxis des BKartA vgl zuletzt den Untersagungsbeschluß in der Sache Texaco/Zerssen, WuW/E BKartA, 1849: Für den Fall, daß § 22 I 1 nicht erfüllt sein sollte, wäre das Oligopol "mindestens" nach § 22 I 2 marktbeherrschend.
 - 5) diesem gesetzlich ungeschriebenen Merkmal mißt Wirz, FIW 66, 53, zentrale Bedeutung zu

monopoly"¹ - vielleicht am treffendsten charakterisiert ist.

"Insofern kennzeichnet die überragende Marktstellung im Sinne einer Abstufung eine Marktbeherrschungsform, in der die Wettbewerbslage zwar noch nicht aktuell gestört, aber wegen der noch nicht aktivierten Machtpotentialien konkret gefährdet ist."² WOLF ist demnach also Recht zu geben, wenn er auf diese Weise § 22 I 2 sachlich als konkreten Gefährdungstatbestand³ hinsichtlich zu erwartender Wettbewerbsschädigungen qualifiziert. § 22 I 2 könnte danach bezeichnet werden als gesetzlich geregelter Fall der "Erwartung", daß eine marktbeherrschende Stellung iSd § 22 I 1 entsteht.

Es hält sich ebenfalls in den Grenzen zulässiger Auslegung, den wettbewerblichen Bezug der überragenden Marktstellung "in der durch das Potential des führenden Unternehmens bedingten Aktions- und Reaktionshemmung der Wettbewerber" zu sehen⁴.

Daraus folgt auch, daß es grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn mit der 4. Novelle das Merkmal "Finanzkraft" nicht mehr nur objektiv oder aus der Sicht des sie besitzenden Unternehmens beurteilt, sondern zu-

1) abgedr. bei Neiser, 323, Anhang 2

2) Wolf, FIW 91, 15

3) im Ergebnis ebenso Jüngst, 84 f; Möschel, Oligopolmißbrauch, 168 f, spricht von der Hinwendung zu einer Art Gefährdungstatbestand, ohne jedoch eindeutig zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung zu unterscheiden (vgl auch seine Ausführungen in BB 1976, 52); ihm zustimmend Reich, BB 1975, 1273; ders. ZRP 1975, 159; zu unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten der "überragenden Marktstellung" vgl Geis, 50 ff; Lübbert, WuW 1977, 562; Westrick/Loewenheim, § 22 Rdz 19; auch Baur, JZ 1978, 592, betrachtet § 22 I 2 nicht als Marktbeherrschungs-, sondern als Gefährdungstatbestand (mwN).

4) Wolf, FIW 91, 16; ebenso schon Wirz, FIW 66, 55; zur Diskussion um den Wettbewerbsbezug des § 22 I 2 vgl ausführlich Ramrath, FIW 84, 14 ff mit zahlreichen Nachweisen

sätzlich auch die Wirkung nur vermuteter Finanzkraft wettbewerbsbezogen berücksichtigt werden soll¹.

Nicht schlüssig ist jedoch der von WOLF diesbezüglich hergestellte Begründungszusammenhang: "Wenn es richtig ist, daß die überragende Marktstellung das Potential, die Möglichkeit zur Verhinderung wesentlichen Wettbewerbs und nicht die Realisierung dieses Potentials meint und genügen läßt, dann kommt man nicht daran vorbei, die im Verhältnis zu den Wettbewerbern überdimensionierte Unternehmensgröße an sich als ein Faktum zu werten, das die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung für den Regelfall erwarten läßt"².

Die Schlußfolgerung lautet vielmehr gerade umgekehrt: Der besondere Umstand, daß mit den §§ 24 I und 22 I 2 bereits zwei Gefährdungstatbestände hintereinander geschaltet sind - es geht um die Erwartung der Entstehung einer wettbewerbslichen Gefahrensituation, beseitigt für die Untersagungs begründung nicht etwa das Konkretisierungsbedürfnis, sondern steigert es noch. Soll die Fusionskontrolle einerseits konkrete Gefahrenabwehr bleiben und abstrahieren andererseits die zeitlich gestreckten Eingriffsvoraussetzungen³ bereits erheblich von dem zu verhindernden Erfolg, sind alle Erkenntnismöglichkeiten bezüglich der künftigen Wettbewerbsentwicklung besonders gründlich auszuschöpfen und verbieten sich per se - Wertungen.

Dieses Ergebnis wird im übrigen gerade durch die Ausgestaltung des als Gefährdungstatbestand in Anspruch

1) vgl S. 67

2) FIW 91, 16

3) die zu "erwartende" Situation kann als is einer überragenden Marktstellung wettbewerbsgefährdend nur bezeichnet werden durch Bezugnahme auf eine zeitlich noch entferntere Wettbewerbsschädigung.

genommenen § 22 I 2 bestätigt. Diese Vorschrift verlangt für die aktuelle Prüfung der überragenden Marktstellung, dh der Erwartung der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 22 I 1, eine umfassende Gesamtbeurteilung struktur- und unternehmensbezogener Merkmale. Sie setzt damit beispielhaft auch allgemeine Maßstäbe für die Prognose der Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung nach § 22 I 2. Das Konkretisierungsgebot für Untersagungsverfügungen ist also nicht nur der Rechtsprechung, sondern auch dem Gesetz zu entnehmen.

3. Zusammenfassung

Für den durch § 23a I zur "Fortentwicklung" des Marktmachtkonzepts systemkonform auszufüllenden Wirkungsspielraum hat sich folgendes Ergebnis herauskristallisiert:

Die Ausgestaltung der einzelnen Vermutungen muß den Fortbestand des dargestellten Marktmachtbezugs in § 22 I 2 gewährleisten. Auch die "Erwartung" iSd § 24 I ist in Anlehnung an die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Richtlinien marktmachtorientiert zu überprüfen und darf nicht durch gesetzgeberische "Wertentscheidungen", die keinen konkretisierungsfähigen Wettbewerbsbezug beinhalten, im Sinne einer per se - Regel definiert werden¹.

-
- 1) Wenn der Entwicklungsspielraum, den das geltende Recht § 23 a I läßt, also nur sehr gering ist, so ist die Ursache dafür nicht in Mängeln der Einzelmarktbeurteilung oder des Marktmachtbezugs überhaupt, sondern in der unterschätzten Qualität des alten Rechts zu sehen: Die insbesondere durch Befürworter der Abkopplungslösung erhobene Forderung nach Ausbau des präventiven Charakters der Fusionskontrolle, dh deren Eingreifen schon vor der Eingriffsschwelle der Marktbeherrschung - vgl. S. 11, ist durch die Kopplung der Gefährdungstatbestände § 24 I und § 22 I 2 bereits nach altem Recht möglich und wurde lediglich nicht ausgeschöpft - im Ergebnis ebenso Baur, Markt, 308

Die Begriffe Erwartung, überragende Marktstellung, disproportionale Unternehmensgröße, Finanzkraft und Umsatz sind folglich jeweils markt- und einzelfallbezogen auszufüllen. In ihrer Bedeutung für die Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse sind sie durch eine strukturbezogene Wahrscheinlichkeitsprüfung, die auch unternehmensbezogene Merkmale und objektivierte Verhaltensprognosen berücksichtigen darf, maßnahmeorientiert gegeneinander abzuwägen.

So kann z.B. der Umsatz eines Unternehmens bei der Marktgegenseite zwar die Vorstellung hoher Finanzkraft hervorrufen, dies jedoch im Ergebnis unerheblich sein, weil der relevante Markt zusätzliche Finanzkraft als wenig wettbewerbswirksam ausweist.

In jedem Fall müssen plausible Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß die durch § 23a I erfaßten Zusammenschlüsse jeweils konkret "erwarten" lassen, daß die Umsatzstärke des beteiligten Großunternehmens im Verbund mit anderen Vermutungsvoraussetzungen in absehbarer Zeit in die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung umschlägt.

III. Ergebnis

Eine "Fortentwicklung" der Fusionskontrolle intendieren die Ressourcenvermutungen nur insoweit, als sie die Risiken unterstreichen, denen die Kontrolle der "besonders problematischen marktübergreifenden Zusammenschlüsse ... entgegenzuwirken hat"¹.

Zu diesem Zweck erleichtert § 23a I durch materielle Beweislastumkehr der Kartellbehörde die Feststellung der Erwartung, daß zusammenschlußbedingt eine überragende Marktstellung im Sinne des § 22 I 2 zur Entstehung oder Verstärkung gelangt. Eine materielle Neuinterpretation dieser Eingriffsvoraussetzungen bezweckte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 23a I dagegen nicht.²

1) vgl. WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 23 li

2) ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 76 aE

Mit der Wahl des Umsatzkriteriums machte er im Sinne einer Auslegungs- oder Orientierungshilfe nur deutlich, daß er den Begriff Finanzkraft in § 22 I 2 nicht ausschließlich im betriebswirtschaftlichen Sinne verstanden wissen will.¹

Auch die von den Mitwettbewerbern nur vermutete Finanzkraft des Großunternehmens soll in ihren wettbewerblichen Folgewirkungen berücksichtigt werden.

Dadurch wird jedoch die bisherige Auslegung des § 22 I 2 nicht materiell verschärft, sondern nur die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Sachs/GKN bestätigt, die ja bereits auf das Verhalten der Mitwettbewerber und deren Vorstellungen über das Verhalten des finanzstarken Unternehmens abstellt². Im übrigen soll die Widerlegbarkeit der Ressourcenvermutungen ihre evident sachwidrige Anwendung verhindern³, sodaß sich die Unternehmen immer durch den Nachweis entlasten können, daß entweder die vermutete Finanzkraft auf dem relevanten Markt gar nicht wettbewerbswirksam oder trotz hoher Umsätze gar nicht vorhanden ist.

Nach all diesen Überlegungen ist festzustellen, daß der Gesetzgeber die Fusionskontrolle ausschließlich durch "beweiserleichternde Vermutungstatbestände"⁴ effektuieren wollte. Die Regelbeispielsinterpretation des § 23a I dagegen läuft der Regelungsabsicht des Gesetzgebers, die in der Ablehnung sämtlicher Alternativkonzepte zugunsten des bisher praktizierten Marktmachtkonzepts Ausdruck gefunden hat, eindeutig zuwider. Die Tatbestandswirkung von Regelbeispielen und ihre weitreichende antikonzentrativen Breitenwirkung sind mit dem Bemühen des Gesetzgebers um eine kontinuierliche Fortführung seiner wettbewerbspolitischen Grundlinie nicht zu vereinbaren, weil die einzelnen Tatbestände des § 23a I inhaltlich Marktmachtbezug und Wettbewerbswirklichkeit verfehlen.

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li

2) WuW/E BGH, 1510

3) so für § 22 III Immenga/Schulte-Braucks, BB 1981, 152 re

4) RegB, aaO, 13 re

Fünfter Abschnitt: Verfassungskonforme Auslegung des§ 23a IZehntes Kapitel: Materielle Beweislastumkehr und Verfassung

Die bisherigen Betrachtungen haben gezeigt, daß nicht nur der Wortlaut des § 23a I die Ressourcenvermutungen als materielle Beweislastvorschriften ausweist¹. Auch die gesetzliche Systematik der Fusionskontrolle und der insoweit eindeutige Regelungswille des Gesetzgebers gebieten diese Auslegung.²

Rechtlichen Bestand hat die systematisch-teleologische Funktionsbestimmung des § 23a I jedoch nur dann, wenn materiell beweislastumkehrende Vermutungen sich bruchlos in das bestehende Rechtssystem einordnen. Sie dürfen folglich nicht gegen die Verfassung und die aus ihr abgeleiteten allgemeinen, übergesetzlichen Rechtsgrundsätze verstoßen.³

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die materiell beweislastumkehrende Konzeption der Vermutungen sind denkbar

1) vgl. S. 110 oben

2) vgl. S. 111 ff (132) und S. 133 ff (146 f)

3) Bogs, 25 f, qualifiziert die verfassungskonforme Auslegung deshalb als Unterfall rechtssystematischer und objektiv-teleologischer Auslegung

unter den Gesichtspunkten des Übermaß- und Willkürverbots, des Bestimmtheitsgebotes und des aus Art 103 II GG iVm allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen hergeleiteten Prinzips "nulla poena sine culpa". Auch müssen die Vermutungen von der speziellen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt sein.

I. Die Gesetzgebungskompetenz - Art. 74 Nr. 16 GG

Die Marktbeherrschungsvermutungen sind als Teil des GWB im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes normiert zur "Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung" - Art 74 Nr. 16 GG. Sie sind - wie das gesamte GWB in seinen mehrfach novellierten Fassungen - von dieser Kompetenzzuweisung gedeckt¹.

Mit Einführung der Fusionskontrolle, die wirtschaftlichen Machtmißbrauch durch Verhinderung bestimmter Vormachtstellungen verhüten und zu diesem Zweck eine funktionierende Wettbewerbsordnung sicherstellen will, hat der Gesetzgeber die Ermächtigungsnorm in Art 74 Nr 16 GG im Rahmen seiner gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit² zulässig ausgelegt. § 23a I hält sich im Rahmen der der Fusionskontrolle zugrundeliegenden allgemeinen Zielvorstellungen. Da dem Gesetzgeber nicht vorgeschrieben ist,

1) so für das GWB bis zur 4. Novelle - Maunz/Dürig/Herzog, Art 74 Rdz 93; ähnlich Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art 74 Rdz 35

2) vgl dazu v. Mangoldt/Klein, Art 74 Anm XXX 2; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art 74 Rdz 6 mwN; um der mangelnden begrifflichen Festlegung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Art 74 Nr 16 GG Rechnung zu tragen, werden im Schrifttum teilweise Definitionsversuche unternommen, vgl Maunz/Dürig/Herzog, Art 74 Rdz 92: "Wirtschaftliche Macht ist die Überlegenheit des Könnens, Durchsetzens und Herrschens im wirtschaftlichen Bereich. Machtstellung dieser Art wird durch entsprechende materielle Mittel begründet".

w a s er zur Verhütung des Mißbrauchs anordnen soll oder darf¹, sondern Art 74 Nr 16 "nur das gesetzgeberische Ziel, nicht die Modalitäten seiner Verwirklichung" bezeichnet², hält sich § 23a in den Grenzen der dem Gesetzgeber durch Art 74 Nr 16 GG eingeräumten Ermächtigung.

II. Das Übermaßverbot

Durch § 23a I verursachte Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen - gestützt teils auf Art 12 und 14 GG, teils auf Art 2 I GG³ - sind dem Grunde nach rechtlich zulässig. Art 74 Nr 16 GG entfaltet nämlich eine auch materiell rechtliche Wirkung in dem Sinne, daß der genannte Regelungsgegenstand generell mit dem Grundgesetz in Einklang steht, aus diesem Grund einer gesetzlichen Regelung fähig ist⁴ und daher grundsätzlich auch für die Schrankenbestimmung von Grundrechten heranzuziehen ist⁵.

Als belastende Regelungen unterliegen die Marktbeherrschungsvermutungen in ihrer Ausgestaltung aber den rechtsstaatlichen Anforderungen des für Grundrechtseinschränkungen geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit insbesondere dem Übermaßverbot⁶. Die Rechtsnatur des § 23a I, von der die grundrechtseinschränkende Tragweite der

-
- 1) v. Mangoldt/Klein Art 74 Anm XXX 3 b; schon früher Ballerstedt, DÖV 1951, 160
 - 2) Hamann/Lenz Art 74 Anm 26; ebenso v. Mangoldt/Klein, aaO, Anm XXX 2 a aE
 - 3) vgl Scholz, 39 mWN in Fn 2, 4
 - 4) BVerfG 4, 7 (13) entnimmt aus der Kompetenznorm des Art 74 Nr 11 GG auch die materielle Aussage, daß der Gesetzgeber ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben eingreifen dürfe; vgl auch Maunz/Dürig/Herzog, Art 74 Rdz 93
 - 5) v. Münch, Art 74 Rdz 2; ebenso v. Mangoldt/Klein, Vorbem II 6b zu Abschn VII und Art 74, Anm II 6 a
 - 6) grundlegend dazu die Studie von Lerche, besonders 223 ff

einzelnen Vermutungen ja unter anderem abhängig ist¹, muß nach verfassungskonformer Auslegung folglich in Einklang stehen mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip und "aus dem Wesen der Grundrechte selbst"² abgeleiteten Gebot, demzufolge das gewählte rechtliche Mittel für die Erreichung des gesetzgeberischen Zieles geeignet und erforderlich zu sein hat³.

1. Gesetzgebungsziel

Im Rahmen der allgemeinen Zielsetzung der 4. GWB-Novelle, der "Anpassung des geltenden Kartellrechts an veränderte Verhältnisse und ... Verbesserung des kartellbehördlichen Instrumentariums", dienen die neuen Marktbeherrschungsvermutungen des § 23a speziell der "Verbesserung der Fusionskontrolle"⁴, die Monopolvermutungen in Abs 1 insbesondere "einer besseren Erfassung der wettbewerblich besonders problematischen marktübergreifenden Zusammenschlüsse"⁵. An dieser Zielsetzung, die der Gesetzgeber im Rahmen seiner "wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit"⁶ treffen durfte⁷, ist die Eignung und Erforderlichkeit des mit § 23a I gewählten Mittels zu überprüfen⁸.

Einwände gegen die wirtschaftspolitische Grundentscheidung des Gesetzgebers - etwa des Inhalts, eine Novellierung der

1) vgl die Gegenüberstellung S. 25 ff

2) BVerfG 19, 342 (349)

3) vgl Leibholz/Rinck, Art 20 Rdz 27 mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG

4) RegB, BT-Dr 8/2136, 12 li

5) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 23 li

6) BVerfG 12, 354 (364)

7) zahlreiche Nachweise für die Rechtsprechung des BVerfG zur "Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei Badura, Rechtsprechung, 595 ff

8) vgl BVerfG 30, 227 (244 f), dessen Gründe die Erforderlichkeit des Mittels an dem aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entnommenen Gesetzgebungsziel messen

Fusionskontrolle, insbesondere die Einführung zusätzlicher Marktbeherrschungsvermutungen, sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt generell verfrüht und zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht notwendig¹ - sind dagegen verfassungsrechtlich unbeachtlich. Es unterliegt nicht der verfassungsrechtlichen Beurteilung, ob das Ergreifen einer gesetzgeberischen Maßnahme überhaupt "sozial- und gesellschaftspolitisch erwünscht, zweckmäßig oder gar notwendig ist"². Das Grundgesetz überläßt vielmehr "dem Gesetzgeber die sachgerechte Ordnung, Gestaltung und Lenkung der wirtschaftlichen Zustände und Vorgänge, ohne sein politisches "Ermessen" dabei auf eine besondere und inhaltlich bestimmte "Wirtschaftsverfassung" zu verpflichten"³.

Besonders hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine Regelung erforderlich oder auf marktwirtschaftliche Mechanismen zu vertrauen ist, wird dem Gesetzgeber große Entscheidungsfreiheit eingeräumt⁴. "Das Gericht ist insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob die öffentlichen Interessen, deren Schutz die gesetzliche Regelung dient, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen können", daß sie einen Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Unternehmen rechtfertigen. "Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber darf es die Anerkennung nur versagen, wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar ist"⁵.

1) vgl zB Bechtold, BB 1978, 566; Kaiser, WuW 1978, 363; Hinz, MA 1978, 166; Schmidt, ZRP 1979, 42; Schütz, DB 1979, 199, sämtlich unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH in der Sache Sachs/GKN, WuW/E 1502, 1512

2) vgl BVerfG 12, 319 (323)

3) Badura, Rechtsprechung, 594; zur "wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes" vgl besonders BVerfG 4, 7 - Investitionshilfegesetz; weitere Nachweise bei Badura, aaO 594 Fn 5; kritisch zu diesem Postulat Zuck, BB 1967, 807 li

4) vgl BVerfG BB 1969, 194 - Mühlengesetz; dazu Wittig, BB 1969, 387 f

5) vgl BVerfG 13, 97 (107) - großer Befähigungsnachweis der Handwerksordnung

Das öffentliche Interesse an einer wirksamen Fusionskontrolle, die der Sicherung einer funktionierenden Wettbewerbsordnung dienen soll, wird grundsätzlich auf der Grundlage eines breiten politischen Konsenses anerkannt¹. Daß der Gesetzgeber bei der Bejahung eines Regelungsbedürfnisses von offensichtlich fehlsamen oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbaren Anschauungen ausgegangen ist, läßt sich deshalb nicht behaupten.

2. Verhältnismäßigkeit des Mittels

Nicht mehr das politische Ziel, sondern den zu seiner Verwirklichung rechtlich eingeschlagenen Weg, betrifft die Frage nach der Zulässigkeit des Mittels², dh welche Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit durch die Verfassung selbst gesetzt sind³. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überschreiten Gesetze, die gegen den mit Verfassungsrang ausgestatteten⁴ Grundsatz der "Verhältnismäßigkeit des Mittels" verstoßen, die der Gesetzgebung gezogenen Schranken und sind daher nichtig⁵.

1) vgl die Übereinstimmung in der RegErkl v. 16.12.1976 einerseits (Plenarprotokoll 8/5, 35) und in der Stellungnahme des Oppositionsabgeordneten MdB Biedenkopf in der 1. Lesung der 4. Novelle andererseits (115. Sitzung, Stenographische Berichte Bd 7, 9001 li)

2) vgl BVerfG 30, 336 (342 aE)

3) vgl. Badura, Rechtsprechung, 596, 603 ff

4) BVerfG 23, 127 (133) unter Hinweis auf BVerfG 6, 389 (439); 16, 194 (201 f); 17, 108 (117 f); 306 (313 f); 19, 342 (348 f); 20, 45 (49 f)

5) vgl BVerfG 1, 167 (178); 3, 383 (399); 7, 320 (324 ff); 377 (378, 405 f); 8, 71 (80); 274 (310); 9, 338 (346); 17, 306 (314); 20, 150 (159); 30, 336 (353 f); 34, 71 (79); 40, 196 (225 f); 371 (383 f)

a) Eignung

Vorwürfe, denen zufolge die Vermutungskriterien eine "Abkopplungsvariante"¹ oder die "Verselbständigung" und "Loslösung der fusionsrechtlichen Marktbeherrschungstatbestände" von § 22 I beinhalten², wollen zwar die mangelnde Eignung und Erforderlichkeit des § 23a kritisieren, verneinen direkt jedoch nur die Eignung der Vermutungen zur adäquaten Operationalisierung der überragenden Marktstellung gem § 22 I 2. Nicht die Verhinderung überragender Marktstellungen speziell im Sinne des § 22 I 2 ist jedoch das für die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Vermutungen maßgebliche Ziel des Gesetzgebers, sondern die Sicherung funktionierenden Wettbewerbs durch "Verbesserung der Fusionskontrolle"³. Richtig ist zwar, daß der fortgeltende § 24 I die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Wirkungen konkretisiert als Erwartung, "daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird", wie sie in § 22 I definiert ist. Wie jedoch die Diskussion um Alternativlösungen innerhalb des § 24 I deutlich gezeigt hat⁴, war der Ausbau des bisher praktizierten Marktmachtprinzips nicht Ziel, sondern nur eines von mehreren wettbewerbspolitisch möglichen Konzepten zur Verfolgung des gesetzlichen Schutzzwecks.

Eine etwaige "Loslösung" vom Marktmachtkonzept allein kann deshalb über die Eignung der Vermutungen zur Verbesserung der Fusionskontrolle nichts aussagen. Aufschlußreicher

1) Moosecker, GRUR 1978, 518

2) zB Schmidt, ZRP 1979, 40; ähnlich, diesem Ergebnis aber positiv gegenüberstehend Immenga, NJW 1980, 1480; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 24 Tz 5 ff; Kantzenbach, MK II, Tz 487

3) vgl S. 151

4) vgl S. 6 ff

sind in diesem Zusammenhang die Befürchtungen, § 23a I werde zu verfassungsrechtlichen Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen führen¹. Sie bestätigen den Vermutungen grundsätzlich die Eignung, Zusammenschlüsse zu verhindern und damit die Fusionskontrolle praktisch effizienter zu machen. Die Problematik liegt folglich nicht in der Eignung, sondern in der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des § 23a I.

b) Erforderlichkeit

Der Gesetzgeber begründet die Erforderlichkeit des § 23a damit, daß die einzelnen Vermutungen "konkretisiert typische wettbewerbliche Gefährdungslagen" umschreiben². Demgegenüber sprechen Einwände gegen die inhaltliche Sachgerechtigkeit des § 23a I, die darin gipfeln, den Vermutungstatbeständen jeden realistischen Zusammenhang mit wettbewerbsgefährdender Marktmacht überhaupt abzusprechen³, den neuen Vermutungen ausdrücklich die Erforderlichkeit ab⁴.

In welchem Umfang das Übermaßverbot den Nachweis der Erforderlichkeit des Mittels verlangt, die der Gesetzgeber ex ante beurteilen muß, ist nicht generell verbindlich zu beantworten. Die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit auch das Prinzip der Erforderlichkeit werden relativiert durch den Stellenwert des eingeschränkten Grundrechts und die Eigenarten des zu regelnden Sachverhalts. Je elementarer in den von der Grundrechtsordnung geschützten Bereich eingegriffen wird, um so

1) vgl nur Bechtold, BB 1978, 565 f

2) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26

3) Hinz, MA 1978, 165 f; im Ergebnis ebenso Bechold, aaO, 566 - insbesondere für § 23a I 1 a und § 23a I 2; Kaiser, WuW 1978, 362; Schütz, DB 1979, 198, Zweifel an der Sachgerechtigkeit der Vermutungen auch bei Ulmer, RA-Prot 8/53, 41; noch stärker ausgeprägt bei Säcker, ebd 38; ähnliche Kritik schon vor der 2. Novelle bei Knöpfle, BB 1970, 722 f; vgl zu § 22 III auch Baur, BB 1973, 920: "Zweckverfehlung"

4) Kaiser, aaO, 363 zB bezeichnet die Vermutungen ausdrücklich als unverhältnismäßig

sorgfältiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden¹. Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit sind deshalb anders zu beurteilen als wirtschaftslenkende Maßnahmen².

Die weitreichende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im wirtschaftlichen Bereich wurde bereits betont³ und begründet für ihn zugleich einen erheblichen Beurteilungsspielraum bezüglich dessen, was er zur Verwirklichung seiner Zielvorstellung für erforderlich halten darf⁴. Die Sicherung einer funktionierenden Wettbewerbsordnung ist "angesichts der vieltausendfachen Verflechtungen des Wirtschaftslebens, der sich kreuzenden und widerstreitenden Interessen innerhalb einer solchen Gesamtordnung" ein weit gestecktes Ziel⁵. Der Komplexität der Materie Rechnung tragend, ist dem Gesetzgeber daher ein "Entwicklungsspielraum" einzuräumen, der ihm in gewissem Umfang Fehlprognosen bei der Einschätzung der wirtschaftlichen Realität und damit der Bestimmung der "Erforderlichkeit" seiner Maßnahme zugesteht. Wegen der Dynamik und mangelnden Vorhersehbarkeit der wirtschaftlichen Entwicklungen sind lenkende Maßnahmen, die auf die Regelung zukünftiger Wirtschaftsverhältnisse gerichtet sind, nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil die Regelung mit einzelnen Ungereimtheiten behaftet ist oder überhaupt ohne nennenswerten Erfolg bleibt⁶. Gegen die Verfassung verstößt eine solche Regelung vielmehr erst dann, wenn der gewählte Weg von vornherein

1) vgl. BVerfG 17, 306 (314); 20, 150 (159)

2) vgl. Möschel, Oligopolmißbrauch, 179

3) vgl. S. 152

4) vgl. dazu Badura, Rechtsprechung, 597 mwN

5) Pfeiffer, FIW 91, 5

6) BVerfG 12, 354 (363); 18, 315 (332, 337, 341)

objektiv untauglich¹, dh die zugrundeliegende Entwicklungsprognose schon "im Ansatz verfehlt" ist².

Diese Grundsätze, die für gesetzliche Lenkungsmaßnahmen zur Regelung zukünftiger Wirtschaftsverhältnisse - wie etwa das Stabilitätsgesetz³ - entwickelt wurden, sind auf die Beurteilung des § 23a ebenfalls anwendbar. Zwar regelt § 23a unmittelbar nur die Beurteilung jeweilig gegenwärtiger Zusammenschlüsse. Das gesetzgeberische Ziel ist jedoch zukunftsbezogen auf die Erhaltung funktionierender Wettbewerbsstrukturen gerichtet. Grundlage der Vermutungstatbestände, die in der Rechtsfolgeregelung zum Ausdruck kommt, ist eine Entwicklungsprognose zukünftiger Wettbewerbsverhältnisse.

Nach den entwickelten Grundsätzen verstößt die Qualifikation der Vermutungen als materielle Beweislastnorm nicht gegen das Übermaßverbot. Zu Unrecht hält KAISER den § 23a I für "im Ansatz verfehlt"⁴. In der von den Kritikern des § 23a I für dessen fehlende Notwendigkeit häufig zitierte Entscheidung im Fall Sachs/GKN hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich bestätigt, daß Zusammenschlüsse zwischen oder mit Großunternehmen zumindest die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Wirkungen mit sich bringen⁵. Empirische Erfahrungen des Bundeskartellamtes und der Monopolkommission bestätigen dies zumindest tendenziell⁶.

1) BVerfG 16, 147 (181)

2) BVerfG 29, 179 (182) - Konjunkturzuschlag; schon vorher zu dieser Frage BVerfG 18, 315 (352, 337, 341); 25, 1 (12 f); 26, 259 (264); vgl. auch Scholz, 34 ff

3) vgl BVerfG 13, 97

4) WuW 1978, 362; ähnliche Kritik zur 2. Novelle bei Knöpfle, BB 1970, 721 f; Leo, WRP 1972, 14; Wirz, WuW 1975, 614

5) WuW/E BGH 1501 (1507)

6) vgl S. 73 ff

Unter diesen Voraussetzungen durfte der Gesetzgeber aber nach den von der Verfassungsrechtsprechung entwickelten Kriterien ohne Überschreitung des ihm eingeräumten Ermessens davon ausgehen, widerlegliche Vermutungen mit Beweislastumkehr seien zur Verwirklichung seiner Zielvorstellung nicht nur in dieser Form zweckmäßig¹, sondern auch erforderlich².

Die Widerleglichkeit der Vermutungen trägt der Ungewißheit der gesetzgeberischen Prognose bereits Rechnung³, denn sie verhindert die Anwendbarkeit des § 23a I auf eindeutige Fälle fehlender Wettbewerbsgefährdung gerade auch dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Die verbleibenden "Grauzonen", dh die Zusammenschlußvorhaben, in denen die Erwartung zukünftig entstehender oder sich verstärkender Marktmacht nicht eindeutig zu verneinen ist, können ohne Verstoß gegen das Übermaßverbot einer non-liquet-Regelung unterstellt werden. Ein non-liquet, das ja erst nach Ausschöpfung der dem Bundeskartellamt auch zugunsten der Unternehmen obliegenden Ermittlungspflicht in Betracht kommt, impliziert notwendig die Möglichkeit zukünftiger wirtschaftlicher Machtzusammenballung. Diese Gefahr für den Wettbewerb durch Untersagung des dafür ursächlichen Zusammenschlußvorhabens abzuwenden, kann dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein.

Die materielle Beweislastumkehr als solche ist deshalb mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbaren. Das eigentliche rechtsstaatliche Problem dürfte in diesem Zusammenhang die Begrenzung der belastenden Folgen für die Betroffenen sein⁴. Welche Konsequenzen sich nämlich aus der materiellen Beweislastumkehr im Einzelfall ergeben, ist abhängig davon, bis zu welchem Umfang

1) BVerfG 29, 179 (182)

2) vgl auch BVerfG NJW 1971, 1603

3) vgl Scholz, 95

4) ebenso Kaiser, WuW 1978, 359

Ermittlungsanstrengungen des Bundeskartellamtes gediehen sein müssen, damit sich die Behörde auf ein non-liquet berufen darf. Noch wesentlicher für die praktische Tragweite der Vermutungen ist, welche realen Gegenbeweismöglichkeiten den Unternehmen eröffnet sind¹.

III. Das Willkürverbot

Ebensowenig wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt die Umkehr der materiellen Beweislast das aus Art 3 I GG abgeleitete, über den Grundrechtsbereich hinaus als ungeschriebener Verfassungssatz geltende und auch den Gesetzgeber bindende Willkürverbot².

Willkürlich und damit verfassungswidrig ist eine Regelung nämlich nur dann, wenn sie unter keinem sachlich vertretbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheint³, dh die Unsachlichkeit der getroffenen Regelung evident ist⁴. Auch im Rahmen des Willkürverbotes kommt es mithin auf die Evidenz des Verfassungsverstosses an und ist dem Gesetzgeber hinsichtlich dessen, was er unter Vernachlässigung gewisser Verschiedenheiten einer typischen Regelung unterwerfen darf, ebenfalls eine sehr weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt⁵.

Ein Verstoß gegen das Willkürverbot scheidet deshalb aus denselben Gründen aus⁶, die bereits für die positive

- 1) Diese Fragen sind bereits im Sinne der Unbedenklichkeit materieller Beweislastumkehr beantwortet - vgl im einzelnen S. 40 ff (46)
- 2) vgl dazu Leibholz/Rinck, Art 3 Rdz 1, 2, 9 m zahlr N aus der Rechtsprechung des BVerfG
- 3) BVerfG 7, 305 (315); 11, 245 (253); 13, 356 (362); 14, 221 (238); 32, 157 (167)
- 4) BVerfG 12, 319 (333); 18, 121 (124); 23, 135 (143)
- 5) vgl Leibholz/Rinck Art 3 Rdz 9 mwN
- 6) Den Zusammenhang zwischen Willkürverbot und Übermaßverbot beschreibt treffend Wittig, BB 1969, 388 li: "Eine Regelung ist übermäßig, wenn im Lichte einer bestimmten Freiheitsverbürgung kein ausreichender Grund vorliegt, der gerade diese Regelung sachlich zu rechtfertigen vermag."; dazu ders. schon früher, DÖV 1968, 1968, 821 ff mwN; vgl auch die Begründungen in BVerfG 30, 292 (332 f); 34, 71 (79)

Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ursächlich waren¹. Da die Widerlegbarkeit der Vermutungen einer evident sachwidrigen Anwendung entgegensteht² und der Gesetzgeber sich von sachbezogenen Erwägungen hat leiten lassen, sind evtl ihm unterlaufene Irrtümer und Fehlprognosen auch unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots unbeachtlich. Weil § 23a I inhaltlich nicht "offensichtlich fehlsam" ist, spricht die Vermutung für die Sachgerechtigkeit der gesetzlichen Regelung³.

IV. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Nicht so offensichtlich eindeutig läßt sich die Frage beantworten, ob § 23a I insgesamt dem rechtsstaatlichen Gebot hinreichender Bestimmtheit⁴ genügt. Danach müssen Eingriffe in Gestalt rechtlicher Ge- oder Verbote in ihren Voraussetzungen so klar umschrieben werden⁵, daß die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können⁶.

1. § 23a I als Eingriffstatbestand

An diesem rechtsstaatlichen Grundsatz der Normklarheit und Justiziabilität sind die neuen Marktbeherrschungsvermutungen zu messen, obwohl sie den die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen beeinträchtigenden Eingriffstatbe-

1) vgl S. 153 ff

2) vgl BVerfG 30, 336 (348 f) zur fehlenden Zulässigkeit einer unwiderleglichen Vermutung

3) Der Grundsatz, daß die gesetzliche Regelung die Vermutung der Richtigkeit für sich habe, wo sie nicht entkräftet werde, wurde bereits im Apotheken-Urteil entwickelt, BVerfG 7, 377 (412); zur Beweislast für den Nachweis von Verfassungsverstößen vgl Gertz, NJW 1968, 1606 f

4) vgl dazu Leibholz/Rinck, Art 20 Rdz 24 ff mN aus der Rspr des BVerfG

5) BVerfG 17, 306 (313 f) unter Hinweis auf BVerfG 9, 137 (147, 149)

6) BVerfG 21,73 (79); wN bei Leibholz/Rinck, Art 20 Rdz 24

stand selbst nicht enthalten, sondern als Hilfsnormen zu § 24 I iVm § 22 I 2 nur seinen Nachweis erleichtern.

Diese formaljuristische Betrachtungsweise trägt nämlich dem tatsächlichen Gewicht des § 23a I für gesamtwirtschaftlich schwerwiegende Entscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle nicht ausreichend Rechnung. Zu bedenken ist, daß die Ressourcenvermutungen ihre Steuerungsfunktion maßgeblich über die sogenannte "Vorfeldwirkung"¹ ausüben sollen, deren freiheitseinschränkende Belastungen nicht justiziabel sind.

Über die Vorfeldwirkung können wichtige Unternehmensentscheidungen "bereits dadurch beeinflusst werden, daß die Behörde einen ablehnenden Standpunkt andeutet, ohne bereits einen anfechtbaren Verwaltungsakt zu erlassen".² Tatsächlich ist es dem Bundeskartellamt in der Vergangenheit häufig gelungen, Zusammenschlußvorhaben bereits im "Vorfeld" rechtlicher Auseinandersetzungen, dh auf informeller Gesprächsebene abzublocken. Vielfach geschah dies durch die Mitteilung, daß infolge der erfüllten Marktanteilsvoraussetzungen des § 22 III "mit einer Untersagung ernsthaft zu rechnen sei".

"Daraufhin" gaben viele Unternehmen ihr Vorhaben auf oder schränkten es ein.³

1) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 12 re, 13 re

2) so schon v.Köhler, DB 1973, 169 re; seiner Ansicht nach geht diese Wirkung sogar von Meinungsäußerungen aus, "von denen die Behörde genau weiß oder doch wissen müßte, daß sie nie die Billigung eines Gerichts finden werden, die gleichwohl im Augenblick politisch aber erwünscht sind".

3) vgl zB Presse-Info des BKartA in WuW 1973, 92 li, zum Fusionsvorhaben AEG-Telefunken/Zanussi; auch ohne daß ein direkter Anwendungsfall des § 22 III gegeben war, nahmen die betroffenen Unternehmen von ihrem Vorhaben Abstand, wenn das BKartA eine Untersagung in Aussicht stellte - vgl Presse-Info in WuW 1975, 563 f (General Electric Co./Osram); Presse-Info in WuW 1978, 286 (Bertelsmann/Saarbach); im Fall Pilkington/Flachglas (Presse-Info in WuW 1980, 411 f) entschieden sich die Unternehmen für eine "kleine Lösung", um der Untersagung zu entgehen; in anderen Fällen wurden zu diesem Zweck Zusagen abgegeben - vgl zB Presse-Info in WuW 1975, 81 (Siemens/Osram); Presse-Info in WuW 1976, 562 f (LEW/BEW); Presse-Info in WuW 1977, 167 f (Karstadt/Neckermann); Presse-Info in WuW 1980, 411 (BBC/CEAG/LuS); vN bei Satzky, ZHR 141, 554, Fn 2;

Da viele Großunternehmen die Publizität eines Fusionskontrollverfahrens scheuen¹ und eilbedürftige Fusionspläne bei Verweis auf den zeitraubenden Rechtsweg wirtschaftlich obsolet werden können, vermöchte § 23a I viele Unternehmen schon im Planungsstadium von tatsächlich oder angeblich tatbestandsmäßigen Zusammenschlußvorhaben abzuhalten.² Da im Bereich der Vorfeldwirkung den Gerichten die Möglichkeit genommen ist, durch Präzisierung unbestimmter Norminhalte mit der Einzelfallentscheidung zugleich "für die Zukunft Rechtssicherheit ... zu schaffen"³, müssen mögliche Vorfeldbelastungen von vornherein klar umrissen oder wenigstens nach methodisch fundierten, 'verwaltungssicheren' Auslegungsmaßstäben bestimmbar sein.

Unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitserfordernisses ist § 23a I deshalb belastenden gesetzlichen Ge- und Verboten gleichzustellen.

2. Normklarheit des § 23a I 1a - "kleine und mittlere Unternehmen"

Anlaß, an der erforderlichen Normklarheit zu zweifeln, gibt die sog. "Mittelstandsmarktvermutung" in § 23a I 1a. Anders als die beiden übrigen beinhaltet sie nicht überwiegend absolute, an das Umsatzvolumen der Unternehmen oder des Zusammenschlußvorhabens gekoppelte Größenkriterien, sondern ist maßgeblich geprägt durch den nicht quantifizierten Begriff "kleine und mittlere Unternehmen".

Da § 23a I 1a das Vordringen von Großunternehmen nur auf mittelständischen Märkten verhindern will, kommt dem Begriff des "mittleren Unternehmens" für die Anwendbarkeit der Vermutung entscheidende Bedeutung zu.⁴ Mit dem Verzicht auf eine quantitative Definition überläßt der Gesetzgeber es letztlich dem Bundeskartellamt und den Gerichten als Rechtsmittelinstanzen, diese tragende Vermutungsvor-

- 1) Diesen Aspekt läßt Nagel, DB 1979, 1014 re, der § 23a im Ergebnis für nahezu wirkungslos hält, als graduelle Verschärfung der Fusionskontrolle gelten
- 2) so auch die Regelungsintention - vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 13
- 3) vgl Pfeiffer, FIW 91, 6
- 4) ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 117; zu den allgemeinen Schwierigkeiten den "Mittelstand" von den Großunternehmen begrifflich abzugrenzen vgl schon Mühl, 250 ff mwN

aussetzung jeweils verbindlich zu konkretisieren.

Die Notwendigkeit der Konkretisierung folgt jedoch aus der verfassungsrechtlich generell¹ und besonders im Bereich des Wirtschaftsrechts² zulässigen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Sie nimmt deshalb einer gesetzlichen Begriffsbestimmung noch nicht die Bestimmtheit, die der Rechtsstaat - uU je nach den Folgen, die rechtlich und praktisch von dem unbestimmten Tatbestandsmerkmal abhängen³ - von einem Gesetz fordert⁴.

Ob sich der Gesetzgeber bei der Festlegung eines gesetzlichen Tatbestandes, nicht zuletzt auch aus praktischen Erwägungen heraus, ausfüllungsbedürftiger Begriffe bedient, liegt vielmehr in seinem Ermessen. Die grundsätzliche Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe, die dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet, entbindet diesen andererseits jedoch nicht von dem Erfordernis der Normklarheit und Justiziabilität⁵. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet nämlich, daß der Gesetzgeber die Grenzen staatlicher Eingriffsmöglichkeit selbst festlegt und diese nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörden überläßt⁶.

Daraus folgt, daß unbestimmte Rechtsbegriffe zumindest anhand objektivierter und/oder erkennbar von der Regulationsabsicht des Gesetzgebers getragener Auslegungsmaßstäbe der Konkretisierung fähig sein müssen, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen.

1) BVerfG 21, 73 (79) unter Hinweis auf BVerfG 3, 225 (243); 13, 153 (161)

2) BVerfG 31, 33 (42) unter Hinweis auf BVerfG 13, 153 (161)

3) BVerfG 17, 67 (82)

4) BVerfG 35, 348 (359) unter Hinweis auf BVerfG 21, 209 (215); 21, 245 (261)

5) vgl. Leibholz/Rinck, Art 20, Rdz 24 mwN

6) BVerfG 8, 71 (76); 20, 250 (258); 22, 330 (345); 34, 165 (193)

a) Gesetzesbegründung

Die offizielle Begründung enthält generalisierungsfähige Auslegungsmaßstäbe nicht. Die Festschreibung absoluter Umsatzgrenzen für mittelständische Unternehmen ist unterblieben, "weil es hier entscheidend auf die Relation ankommt, die zwischen den am Zusammenschluß beteiligten oder bereits am Markt tätigen Großunternehmen und den übrigen Wettbewerbern besteht"¹. Gerechtfertigt wird der Verzicht auf eine quantitative Festlegung mit dem Argument, daß § 5b, der ebenfalls auf kleine und mittlere Unternehmen abstellt, "keine besonderen Auslegungsprobleme aufgeworfen hat"².

Dieser Verweis auf die Praxis zu § 5b ist mehrdeutig. Entweder soll § 23a 1a exakt dieselben Fälle erfassen, die auch im Rahmen des § 5b kleine oder mittlere Unternehmen wären, oder aber der Gesetzgeber erwartet zwar eine dem Schutzzweck der Fusionskontrolle spezifisch angepaßte Auslegung, stellt sich deren Entwicklung jedoch unproblematisch vor wie bei § 5b.

Mit dem pauschalen Verweis auf § 5b ist deshalb ein höherer Bestimmungsgrad des Vermutungstatbestandes nicht gewonnen. Die zu beachtende Relativität der Größenverhältnisse zwischen den jeweiligen Marktteilnehmern³ erhöht die Auslegungsschwierigkeiten zusätzlich und führt in eine Tautologie. Einen kleinen oder mittleren Status haben nach der Argumentation des Gesetzgebers solche Unternehmen, auf die der Zusammenschluß von Großunternehmen mit anderen auf dem in Frage stehenden Markt tätigen Unternehmen derart abschreckend wirkt, daß von

1) auch Mühl, 250, konstatiert, daß es absolute, eindeutige Abgrenzungsmerkmale nicht gibt und Abgrenzungen darüber hinaus auch "fehl am Platze" (S. 292) seien.

2) RegB, BT-Dr 8/2136, 21 li

3) vgl RegB, aaO, 20 li, wo auf die "disproportionale, nach außen sichtbar werdende Unternehmensgröße" abgestellt wird.

der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierenden Unternehmen auszugehen ist. "Ist dies der Fall, so wird das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vermutet"¹.

In ihrer Konsequenz führen die Materialien deshalb für die Auslegung zu einem Zirkelschluß: Die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen impliziert notwendig bereits die Vermutung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für die fusionierenden Unternehmen. Diese Vermutung ihrerseits begründet wiederum den Status des mittelständischen Unternehmens. In § 5b dagegen ist der Begriff der kleinen oder mittleren Unternehmen nicht so unmittelbar mit der Rechtsfolge der Vorschrift verknüpft. Die Auslegungsmaßstäbe des § 5b können schon aus diesem Grunde nicht pauschal auf die Mittelstandsmarktvermutung übertragen werden.

b) Funktionelle Unterschiede in § 5b und § 23a I 1a

Der funktionale Vergleich beider Vorschriften erfordert darüber hinaus, die Bestimmtheitserfordernisse in § 5b und § 23a I 1a unterschiedlich zu beurteilen. Während § 5b ein Freistellungstatbestand zugunsten mittelständischer Unternehmen ist, dient der Typus des "kleinen und mittleren Unternehmens" im Rahmen der Mittelstandsmarktvermutung der kartellrechtlichen Eingriffsverwaltung gegenüber dritten Unternehmen.

Für § 5b ist in diesem Zusammenhang weiter von Bedeutung, daß der Begriff "kleine oder mittlere Unternehmen" hier eine weit geringere materielle Bedeutung hat als im Rahmen des § 23a I 1a. Er umschreibt in § 5b nur die Zielrichtung der Vorschrift, während ihre entscheidenden materiellen Voraussetzungen in den Tatbestandsmerkmalen "Rationalisierung" und "keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs" liegen.²

1) Schmidt, ZRP 1979, 42 re

2) vgl dazu den Bericht des wA zu § 5b, zit. nach Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 5b Rdz 12 f

Hier liegt der entscheidende Unterschied zur Mittelstandsmarktvermutung. Der Typus des mittelständischen Unternehmens taucht dort nicht im Rahmen einer Ziel- und Schutzzweckformulierung auf, sondern füllt ein tragendes materielles Kriterium der Vermutung aus. Da es sich hier um ein Tatbestandsmerkmal handelt, das wegbereitend für einen Eingriff nach § 24 II wirken kann, sind an das Maß der Bestimmtheit höhere Anforderungen zu stellen, als § 5b sie verlangt¹. Zwar wird es richtig sein, daß sich der fragliche Begriff auch im Rahmen des § 23a I nicht völlig unabhängig von der Relation der Unternehmensgröße in den einzelnen Wirtschaftszweigen bestimmen läßt. Er ist deshalb nicht überwiegend abstrakt, sondern mehr einzelfall- und einzelmarktbezogen jeweils zu definieren². Andererseits hat sich gezeigt, daß der pauschale Verweis auf § 5b die möglichen Auslegungsschwierigkeiten im Rahmen des § 23a gerade nicht befriedigend zu lösen vermag. Eine den Anforderungen der Rechtssicherheit und Bestimmtheit genügende Auslegung im Einzelfall muß vielmehr nachvollziehbar zurückzuführen sein auf bestimmbare, allgemein gültige Beurteilungskriterien.

c) Umsatzkriterien in der Fusionskontrolle

Anhaltspunkte für solche Auslegungsrichtlinien könnten - wie auch nach Auffassung des Wirtschaftsausschusses für § 5b - die absoluten Umsatzzahlen sein, die in den §§ 22 ff genannt werden.³ So könnten zB die umsatzbezogenen Bagatellgrenzen der §§ 24 VIII Ziff 2 und 23a II

-
- 1) zur Relativität des Bestimmtheitserfordernisses vgl BVerfG 17, 67 (82)
 - 2) vgl für § 5b idS das Merkblatt über Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Betriebe nach § 5b des Kartellgesetzes - abgedruckt bei Ebel, § 5b Rdz 12
 - 3) differenzierend Harms, GK, § 23a Rdz 120 ff

für die größenmäßige Erfassung der kleinen und mittleren Unternehmen maßgebend sein¹.

§ 24 VIII Ziff 2 ist jedoch wegen seiner im Vergleich zu § 23a I anders gearteten Funktion nur bedingt geeignet, die Auslegung der Monopolvermutung zu beeinflussen. Während § 23a I 1a den Status eines Unternehmens als solchen festlegt und daran eine konkrete Markteinschätzung trifft, grenzt § 24 VIII Ziff 2 den Eingriffsbereich der Fusionskontrolle generell ab. Die Obergrenze von 50 Millionen DM Umsatz markiert deshalb nur eine Wesentlichkeitsgrenze für die Untersagungspraxis nach § 24 I. Ein Unternehmen mit höherem Umsatz kann dementsprechend sowohl materiell der Fusionskontrolle unterliegen, als auch ein mittelständisches Unternehmen sein. Auch die Untergrenze von 4 Millionen DM Umsatz läßt keine bestimmte Eingrenzung des Begriffes zu. Ihr ist lediglich die Schlußfolgerung zu entnehmen, daß der Gesetzgeber Unternehmen unterhalb dieser Umsatzschwelle als klein und unbedeutend einstuft, denn er nimmt sogar ihren Erwerb durch Großunternehmen mit 1 Milliarde Umsatz generell von der Geltung der Fusionskontrolle aus. Aus dieser Tatsache ist aber positiv ebenfalls kein quantitatives Kriterium zur Einschätzung des mittelständischen Unternehmens zu gewinnen.

Der einzige konkrete Anhaltspunkt für die Obergrenze des Begriffes der kleinen und mittleren Unternehmen ist die Bagatellgrenze der Oligopolvermutungen in §23a II. Die Umsatzgrenze von 150 Millionen DM soll nämlich sicherstellen, "daß kleine und mittlere Unternehmen nicht unter die Vermutung fallen"².

Diese im Rahmen des § 23a II eindeutige Stellungnahme ist jedoch auf die Mittelstandsmarktvermutung nicht ohne

1) für die Anwendung der 50 Millionen-Obergrenze des § 24 VIII Ziff 2 im Rahmen des § 5b plädiert zB Doerinkel, FIW 66, 25

2) WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 re

weiteres zu übertragen. Zu berücksichtigen ist jedenfalls, daß Abs 1 Satz 1a im Gegensatz zu Abs 2 weder einen Oligopolmarkt noch die marktbeherrschende Stellung des mittelständischen Unternehmens als Oligopolist voraussetzt. Es ist daher davon auszugehen, daß die Obergrenze für mittelständische Unternehmen im Rahmen des Abs 1 Satz 1a eher unter der 150 Millionen DM-Grenze liegt¹.

d) Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, daß der Gesetzgeber vor der Aufgabe kapituliert hat, einen leicht subsumtionsfähigen Vermutungstatbestand zu formulieren². Angesichts der Tatsache, daß sich die Vielfalt der potentiell betroffenen Märkte in zahlenmäßig klar umrissene Begriffe gar nicht einfangen läßt, verstößt der ausfüllungsbedürftige Begriff des "kleinen und mittleren Unternehmens" jedoch noch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot der Verfassung³.

Die quantitativen Größenkriterien anderer Vorschriften der Fusionskontrolle bieten zwar keine gültigen Wertmaßstäbe, immerhin jedoch Anhaltspunkte, die grob die Richtung für eine Konkretisierung durch Verwaltung und Rechtsprechung weisen können. So läßt sich der Anschlußklausel in § 24 VIII Ziff 2 schließlich entnehmen, daß Unternehmen mit einem Umsatz unter 50 Millionen DM jedenfalls nicht als Großunternehmen zu betrachten sind.

- 1) aa Ebel, § 23a Rdz 6 aE; wie hier Harms, GK, § 23a Rdz 122; s. auch die Untersuchung des Instituts für Mittelstandsforschung in Bonn über die Unternehmensgrößenstruktur, wonach die Grenze zwischen Mittel- und Großunternehmen bei 100 Mio DM Umsatz liegt - WuW-Kurzinformation 1980, 784; zu Versuchen, sich dem Begriff des mittelständischen Unternehmens mit anderen Kriterien - etwa Beschäftigtenzahl oder Rechtsform der Kapitalgesellschaft - zu nähern, vgl. Mühl, 292
- 2) so auch Schmidt, ZRP 1979, 42
- 3) vgl BVerfG 1, 14 (45); 25, 216 (227); a A Säcker, WA-Prot 8 /53, 68

Weiteres Auslegungskriterium ist die Bagatellgrenz in § 23a II, die laut Begründung des Wirtschaftsausschusses alle Unternehmen mit weniger als 150 Millionen DM Umsatz noch als klein oder mittelständisch bewertet.

Die genannten Kriterien ermöglichen es der Rechtsprechung, in Verbindung mit einer relativierenden, einzel-fallbezogenen Marktbetrachtung den Begriff des kleinen und mittleren Unternehmens zu konkretisieren. Das Bestimmtheitsgebot ist auch deshalb nicht verletzt, weil die Festsetzung einer zahlenmäßig fixierten, statusbe-gründenden Obergrenze in Anbetracht des nominal ansteigenden Wirtschaftswachstums gar nicht ohne Will-kür erfolgen könnte.

V. Nulla poena sine culpa

Das in Art 103 II GG festgelegte Prinzip "nulla poena sine lege" verbindet sich aus rechtsstaatlichen Erwägungen mit dem Grundsatz "nulla poena sine culpa"¹.

Dieser Grundsatz, der eine Bestrafung nur wegen vermutterter Straftat oder Schuld ausschließt, gilt auch im Ordnungswidrigkeitenrecht. Die Umkehr der materiellen Beweislast wäre folglich unzulässig, wenn die im non-liquet zu Lasten der Unternehmen vermutete Marktbeherrschung im Rahmen des § 38 I Nr 2, 4, 8 als Ordnungswidrigkeit verfolgt und mit Bußgeld geahndet würde².

Dies ist jedoch nicht der Fall. Ordnungswidrig ist nach den genannten Vorschriften nicht die gegenwärtige oder zukünftige Marktbeherrschung, sondern der Verstoß gegen unanfechtbare Verfügungen, § 38 I Nr 1, 4 iVm § 22 V, oder gesetzliche Verbote, § 38 I Nr 8

1) BVerfG 9, 162 (169 ff); 20, 323 (331)

2) gegen § 22 III mit diesem Argument Leo, WRP 1972, 13; ähnlich Raisch, Mißbrauch, 394 f; zu den allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen für kartellrechtliche Tatbestände, die mediatisiert über eine Verfügungsverfügung Grundlage eines Bußgeldbescheides nach § 38 werden können, äußerte sich Raisch bereits 1966 ausführlich - vgl ZHR 128, 168 ff, 172 f

iVm § 24 II 4. Zwar können die einzelnen Verfügungen im non-liquet ganz - bei der Fusionskontrolle - oder teilweise - bei der Mißbrauchsaufsicht - auf Marktbeherrschungsvermutungen basieren. Diese Belastung hält sich jedoch im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹ und ist von den Unternehmen als bestandskräftig, bei gerichtlicher Überprüfung als rechtskräftig und rechtmäßig hinzunehmen.

Nicht vermutet wird aber der Verstoß gegen die wirksam gewordene Mißbrauchsverfügung oder gegen das an die Untersagungsverfügung geknüpfte gesetzliche Vollzugsverbot bei Zusammenschlüssen. Für die Zuwiderhandlung selbst trägt die Kartellbehörde die volle Beweislast. Ein Verstoß gegen das Verbot einer Bestrafung aus nur vermuteter Straftat oder Schuld kommt deshalb nicht in Betracht.

VI. Zusammenfassung

Aus der verfassungsrechtlichen Prüfung resultiert, daß die Auslegung der Marktbeherrschungsvermutungen als non-liquet-Regelung zu Lasten der Unternehmen verfassungskonform ist.

1) vgl S. 158

Elftes Kapitel: Regelbeispiele und Verfassung

Die Feststellung, daß Regelbeispiele mit dem Inhalt des § 23a I systemwidrig und mit dem verbindlichen Willen des Gesetzgebers unvereinbar sind¹, erübrigt im Rahmen dieser Arbeit die Prüfung, ob die mit einem materiellen Verständnis der Ressourcenvermutungen verbundenen Grundrechtseinschränkungen der Sache nach verfassungskonform wären oder nicht.

Grund dafür ist, daß die Verfassung eine Interpretation des § 23a I, die über rein beweisrechtliche Belastungswirkungen hinaus auch materielle Rechtsverschärfungen mit sich brächte, nur gestatten, aber nicht gebieten kann. Die verfassungskonforme Auslegung dient dem Zweck, bei mehrdeutigem Norminhalt und fehlender Klarheit über den gesetzgeberischen Regelungswillen die Zulässigkeitsgrenze für die im Wege der Auslegung anzuordnenden Freiheitseinschränkungen zu bestimmen.²

Eine solche Grenzziehung ist im Fall des § 23a I jedoch obsolet, weil Wortlaut, Systematik und Teleologie die Ressourcenvermutungen übereinstimmend als materielle Beweislastvorschriften ausweisen und diese Auslegung auch mit der Verfassung in Einklang steht.³ Gegen den unmißverständlichen Willen des Gesetzgebers, der sich insbesondere in der den Alternativkonzepten erteilten Absage artikuliert hat, dürfen Behörden und Gerichte aber ihre durch den Marktmachtbezug in §§ 24 I und 22 I 2 begrenzten Eingriffsbefugnisse nicht überschreiten; dies selbst dann nicht, wenn die Verfassung grundsätzlich materiell weitreichenderen Grundrechtseinschränkungen nicht entgegenstünde.⁴

Trotzdem soll zur Abrundung des Ergebnisses kurz dargestellt werden, daß die Regelbeispielsinterpretation auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zumindest nicht unbe-

1) vgl. S. 132 und 146 f

2) vgl. Larenz, **329 f**

3) vgl. S. 148 ff, 170

4) umgekehrt ist auch die verfassungsk o n f o r m e Auslegung gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht statthaft - vgl. dazu schon S. 35 zu Fn 2

denklich ist:

Selbst wenn man mit v.WOEDTKE zu Argumentationszwecken einmal unterstellen wollte, die Voraussetzungen in § 22 I 2 seien bereits de lege lata vom Marktmachtkonzept zu lösen¹ und folglich Regelbeispiele nicht von vornherein systemwidrig, so wäre die Verfassungsmäßigkeit eines so interpretierten § 23a I doch unter den Gesichtspunkten der Zweckverfehlung und des Gleichheitsgrundsatzes² in höchstem Maße zweifelhaft.

Besonders erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist, daß die Verquickung realitätsferner Wettbewerbsvorstellungen mit verdeckten struktur- und gesellschaftspolitischen Zielsetzungen³ die Wahrscheinlichkeit einer "schon im Ansatz" verfehlten Regelung begünstigt.⁴

-
- 1) vgl schon S. 139 f mN; wie v.Woedtke zB Emmerich, Marktstellung, 127 f; ders., Wettbewerbsrecht, 128; ders., allerdings nunmehr zurückhaltender, Kartellrecht, 174 ff
 - 2) zum Spannungsverhältnis zwischen Art 3 GG und "quantitativen Legaldefinitionen im Wirtschaftrecht" vgl allgemein Rittner, Legaldefinitionen, 74 ff; Ausgehend von dem fundamentalen Gleichheitssatz des Art 3 GG, den der Gesetzgeber "nicht ohne hinreichenden Grund aufheben oder einschränken" darf (S. 75), betont Rittner, daß dem quantitativen Kriterium die "zwangsläufige Schwäche" anhafte, "niemals in derselben Weise richtig sein zu können, wie ein qualitatives Merkmal". Er fordert deshalb, daß quantitative Kriterien vom Gesetzgeber nur im Notfall und auch dann nur für marginale Regelungen eingesetzt werden sollen, weil ein quantitatives Merkmal "umso weniger Chancen" habe, das qualitative Merkmal zu verwicklichen, je einschneidender die Rechtsfolge der betroffenen Vorschrift sei (S. 82). Diese Forderungen erfüllt die Auslegung des § 23a I ihres realitätsfernen Inhalts wegen nur, wenn die Ausgestaltung des Widerlegungsvorbehaltes die materielle Beurteilung der erfaßten Zusammenschlüsse im Ergebnis gewährleistet. Rittner müßte deshalb die Interpretation der Ressourcenvermutungen als Regelbeispiele wohl als verfassungswidrig ablehnen.
 - 3) vgl S. 135 ff; der gesellschaftspolitische Ansatz wird besonders deutlich in RegB, BT-Dr 8/2136, 12: "In gesellschaftspolitischer Hinsicht zerstört übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht die Grundlagen der freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar."
 - 4) vgl zu den nachteiligen Auswirkungen politischen Taktierens auf die rechtstechnische Qualität der Fusionskontrollen schon Huppert, WuW 1971, 461 ff;

Am Beispiel des § 23a I 1a jedenfalls zeigt sich, daß diese Verknüpfung nicht nur die wettbewerbspolitische Zielsetzung, sondern darüber hinaus auch den strukturellen Zweck verfehlen kann:

Im Tätigkeitsbericht 1976 stellte das Bundeskartellamt bereits ausdrücklich fest, die durch das erste Eindringen großer Reifenhersteller in den Handelsbereich ausgelösten Folgefusionen wären "auch nicht mit den von der Monopolkommission vorgeschlagenen Vermutungstatbeständen zu erfassen gewesen".¹

Für die leicht veränderte gesetzliche Fassung der Vermutungstatbestände gilt jedoch im Ergebnis nichts anderes: Zwar setzt § 23a I 1a im Gegensatz zum Vorschlag der Monopolkommission keinen "jungfräulichen Markt" mehr voraus², und erfaßt der Tatbestand auch das Vordringen auf Märkte, auf denen bereits Großunternehmen tätig sind. Diese jedoch sind - sofern mit über 5 % Marktanteil ausgestattet - an Folgefusionen durch § 23a I 1a gerade nicht gehindert³ und stoßen erst bei 33 1/3 % Marktanteil wieder an eine - durch § 22 III 1 gesetzte - absolute Grenze. Darüber hinaus läßt § 23a I 1a auch als Regelbeispiel die Widerlegung zu, daß auf dem mittelständischen Markt bereits noch größere oder gleichgroße Unternehmen mit signifikanten Marktanteilen tätig sind⁴. Sind demnach auf dem noch mittelständischen Markt bereits Großunternehmen in erheblichem Umfang tätig, ist der Markt

1) BT-Dr 8/704, 22

2) Der Vorschlag in MK I, Tz 960 aE, regelte das Eindringen von Großunternehmen in einen Markt, "der durch das Vorherrschen kleiner und mittlerer Unternehmen gekennzeichnet ist und auf dem bisher kein Unternehmen annähernd gleicher Größe tätig war". (Hervorhebung von Verf.)

3) zum Anwendungsbereich des § 23a I 1a vgl. S. 52 Fn 3 mN

4) vgl. S. 51

für den Zutritt weiterer Wirtschaftsriesen nach § 23a I 1a grundsätzlich frei.

In Anbetracht der auf Mittelsstandsschutz zielenden Intention des Gesetzgebers muß es - in den Kategorien seiner Abschreckungstheorie weitergedacht - folglich mittelständische Märkte mit völlig unterschiedlichen Ausgangsbedingungen geben: Einerseits soll ein einzelnes "zumindest finanzstark erscheinendes"¹ Unternehmen "eine weitgehende Entmutigung der Wettbewerber hervorrufen und sie mittelfristig zur Aufgabe ihrer Selbständigkeit zwingen" können². Andererseits soll - so die "Logik" des § 23a I 1a - weder die Marktpräsenz mehrerer Großunternehmen, noch der Neuzutritt eines weiteren die Selbständigkeit des Mittelstandes ernsthaft, dh im Sinne eines besonderen gesetzlichen Regelungsbedürfnisses, gefährden.

Der Gesetzgeber hat diese fundamentale Unterscheidung nicht gesehen, noch viel weniger sie durch strukturelle Kriterien gerechtfertigt. Außerdem stellt sich die Frage, wie es zur Existenz mittelständischer Märkte mit einem hohen Anteil von Großunternehmen überhaupt kommen konnte, da doch nach der Abschreckungstheorie bereits der Zutritt des ersten Großunternehmens die Mittelständler in die Flucht getrieben hätte. Definierte man aber die von Großunternehmen durchsetzten Märkte - etwa zur Bestätigung der Abschreckungstheorie - als hinsichtlich ihrer mittelständischen Struktur in der Auflösungsphase begriffen, so verfehlte die Freistellung ihrer weiteren Vermachtung nicht nur den wettbewerbspolitischen Zweck, sondern vereitelte darüber hinaus sogar den gewünschten "strukturellen Nachteilsausgleich" für den Mittelstand.

Als Regelbeispiel interpretiert könnte § 23a I 1a zu einem "Sonderrecht" für Großunternehmen³ führen, ohne daß

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 20 li

2) RegB, aaO, 20 re

3) vgl Rittner, Legaldefinitionen, 84

sich dafür "ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund ... finden läßt"¹. Soweit die übrigen Vermutungen in § 23a I auf die Unternehmensgröße als solche abstellen - also insbesondere Nr.2 - beeinträchtigen sie als Regelbeispiele den Gleichheitssatz² ebenfalls.

Im Ergebnis läßt sich deshalb feststellen, daß die Absage an ein materielles Neuverständnis der Fusionskontrolle durch Regelbeispiele in § 23a I nicht nur aus systematisch-teleologischen Gründen erforderlich ist, sondern darüber hinaus durch verfassungsrechtliche Erwägungen zusätzlich gestützt wird.

1) so die ständige Formulierung des BVerfG, vgl Hesse, 176

2) vgl Rittner, Legaldefinitionen, 75, 87, und dazu bereits S. 172 Fn 2

Sechster Abschnitt: Konsequenzen - Die praktische Tragweite des § 23a I

Ausgehend von der Erkenntnis, daß § 23a I nur die materielle Beweislast umkehrt und folglich den in § 24 I iVm § 22 I 2 normierten Marktmachtbezug durch die inhaltliche Ausgestaltung des Widerlegungsvorbehaltes herstellen muß, bleiben nur noch die praktischen Konsequenzen dieses Ergebnisses zu klären.

Zu diesem Zweck sind die ermittelten Begründungsanforderungen an eine marktmachtbezogen konkrete Gefahrenabwehr¹ in eine adäquate Widerlegungsregelung zu transformieren.

Zwölftes Kapitel: Die Konkretisierung der Widerlegungsmöglichkeiten zu § 23a I

I. Tatbestandsunabhängige Widerlegungsmöglichkeiten

Die Ausführungen zu § 22 I 2 resultierten in der Feststellung, daß diese Vorschrift den wirtschaftlichen Ressourcen und strukturellen Vorteilen eines Unternehmens nur dann rechtliche Bedeutung verleiht, wenn sie sich als Marktmacht konkret niederzuschlagen drohen.

Verbietet sich folglich im Rahmen des § 22 I 2 eine abstrakte Ressourcenbetrachtung², gilt dies aus Akzessorietätsgründen auch für § 23a I. Durch die einzelnen Vermutungen dürfen Finanzkraft und Unternehmensgröße dementsprechend als eingriffsrelevant nur insoweit gewichtet werden, als sie "in den konkreten Marktverhältnissen und im Vergleich mit den Konkurrenten ihren Bezugspunkt"³ finden.

Alle Vermutungen sind deshalb durch den Nachweis zu widerlegen, daß die jeweils konkreten Marktbedingungen Finanzkraft und Unternehmensgröße im Einzelfall nicht als wettbewerbs-

1) vgl. S. 130 ff und S. 145 ff

2) hM, vgl. statt aller Jüngst, 84; aA Emmerich, Marktstellung, 127 f; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 221 ff; Belke, ZHR 138, 256 ff, 259; v. Woedtke, 121; - s. auch hier S. 144 f

3) Jüngst, 84

wirksam ausweisen¹. Unter dieser Voraussetzung begründen weder der Finanzkraftzuwachs bei marktpäsenten, noch der Marktzutritt "disproportional größerer" Unternehmen eine Wettbewerbsgefährdung iSd §§ 24 I, 22 I 2.

Soweit die Umsatzgrenzen in § 23a I das Tatbestandsmerkmal "Finanzkraft" oder andere marktanteilsunabhängige Kriterien iSd § 22 I 2 indizieren sollen², sind die Vermutungen auch durch das Fehlen dieser Einzelvoraussetzungen zu widerlegen. Da das Umsatzkriterium hauptsächlich dazu dient, die von den Konkurrenten nur vermutete der internen Finanzkraft gleichzustellen, wird diese Widerlegungsmöglichkeit vornehmlich dann praktisch werden, wenn die Wettbewerbswirksamkeit großer Finanzkraft für den jeweils relevanten Markt positiv festgestellt ist³.

II. Tatbestandsspezifische Widerlegungsmöglichkeiten

Die inhaltliche Vielfalt der Vermutungen in § 23a I bedingt, daß sich die Widerlegbarkeit der einzelnen Tatbestandsalternativen in unterschiedlichen Fallkonstellationen konkretisiert.

Diese lassen sich aus den offiziellen Materialien zu § 23a I, den bereits tatbestandsbezogen erarbeiteten Erkenntnissen der antitrustrechtlichen Entscheidungspraxis in den USA⁴ und den zum Fall Sachs/GKN vom Bundesgerichtshof entwickelten Prognosekriterien typisiert zusammenstellen. Was die Verwendung von Rechtsprechungsergebnissen betrifft, so stehen diese unter dem generellen Vorbehalt,

-
- 1) zur Feststellung der Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft vgl. - positiv - WuW/E BKartA, 1687 (Mannesmann/Brüninghaus) und - negativ - WuW/E OLG, 1754 f (Sachs/GKN)
 - 2) vgl. dazu S. 69 ff
 - 3) zur materiellen Akzessorietät des Umsatzkriteriums vgl. schon S. 69 f
 - 4) Auch Blechman, GRUR Int. 1980, 648 li, votiert für die Nutzenanwendung amerikanischer Urteile im Rahmen der Konkretisierungsbemühungen um eine Widerlegungsregelung zu § 23a I. Allgemein zum Nutzen einer rechtsvergleichenden Betrachtung amerikanischer Erfahrungen mit der Fusionskontrolle vgl. schon Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 408 f, zur 2. GWB-Novelle

daß sie nur eine Summe von Einzelfallentscheidungen darstellen, die eine fallspezifische Einengung des rechtlichen und tatsächlichen Prüfungsfeldes notwendig beinhalten. Infolgedessen, und weil es außerdem nicht möglich ist, jede potentielle Wettbewerbskonstellation gedanklich vorwegzunehmen, kann auch eine mit höchstmöglicher Sorgfalt unternommene Katalogisierung von Widerlegungstatsachen nicht den Anspruch der Vollständigkeit erheben.

Die nachfolgenden Konkretisierungsbemühungen geben deshalb nur den gegenwärtigen Erkenntnisstand wieder. Soweit Zusammenschlußkonstellationen zu beurteilen sind, die mit den bisher entwickelten Kategorien nicht zu erfassen sind, lassen die rechtlich dem Marktmachtprinzip verhafteten Eingriffsvoraussetzungen der §§ 24 I, 22 I 2 der Praxis "keine andere Möglichkeit, als sich auf den ... langen und hindernisreichen Weg der Einzelfallanwendung zu begeben"¹. Dadurch wird sichergestellt, daß die Frage der Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung ausnahmslos materiell überprüft wird.

1. § 23a I 1a

§ 23a I 1a vermutet die Entstehung einer überragenden Marktstellung, wenn sich ein Doppelumsatzmilliardär durch Zusammenschluß erstmals mindestens 5 % der Marktanteile eines mittelständischen Marktes verschafft².

a) Wettbewerbsbelebung

Durch die Begründung für die Wesentlichkeitsgrenze von 5 %, die "eine wettbewerbspolitisch unerwünschte Zemen-

-
- 1) so Markert, Beurteilungsgesichtspunkte, 421, zum Rechtszustand vor Inkrafttreten der 4. Novelle
 - 2) Ob es sich dabei um einen Marktneuzutritt oder einen horizontalen Zusammenschluß handelt, ist gleichgültig, vgl. S. 52 Fn 3

tierung von Marktstrukturen" verhindern soll¹, wird grundsätzlich anerkannt, daß Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Großunternehmen auch wettbewerbsbelebend wirken können². Da die Entscheidung für die Festsetzung der Bagatellgrenze auf gerade 5 % sachlich nicht zwingend ist³, hat der Einwand wettbewerbsfördernder Zusammenschlußfolgen materiell auch dann zu gelten, wenn die "5 %-Klausel" überschritten wird. Die Tatsachengrundlage für dieses Entlastungsargument liegt insbesondere in Marktanteil und Rangstelle des erworbenen Unternehmens.

So macht es zB einen Unterschied, ob ein mittleres Unternehmen mit 10 % oder 15 % Marktanteil den Markt langfristig unangefochten anführt, oder ob ein kleines Unternehmen mit 5 % Marktanteil eine mittlere oder noch ungünstigere Marktposition einnimmt. Während sich im erstgenannten Fall die "Erwartung" der Entstehung einer übertragenden Marktstellung auf tatsächlich plausible Anhaltspunkte stützen kann, spricht im letztgenannten Fall die Wahrscheinlichkeit eher für eine Wettbewerbsbelebung. Jedenfalls kann aber die "Erwartung" einer "absehbaren"⁴ Wettbewerbsgefährdung für diesen letzten Fall als widerlegt gelten.

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 20 re

2) zur wettbewerbsfördernden Wirkung der sog. "toehold acquisitions" vgl schon S. 99 Fn 1

3) Die RegB begnügt sich mit der Feststellung, daß unterhalb dieser Grenze "in der Regel" nicht mit Risiken für den Wettbewerb zu rechnen sei - aaO, 20 re; auf die sachliche Rechtfertigung für die Erfassung von Zusammenschlüssen oberhalb dieser Grenze glaubte sie verzichten zu dürfen.

4) zur zeitlichen Begrenzung der Prognose vgl S. 127 ff

b) Marktpräsenz anderer Großunternehmen

Widerlegbar ist § 23a I 1a auch durch den Nachweis, daß die auf dem relevanten Markt bereits tätigen Unternehmen vergleichbarer Größe mindestens gleiche Marktanteile besitzen wie das erworbene Unternehmen oder die Zusammenschlußbeteiligten gemeinsam¹. Sollte die Regierungsbeurteilung "einen deutlich höheren Marktanteil"² der bereits marktpräsenten Großunternehmen zur Mindestvoraussetzung für die Widerlegung des § 23a I 1a erheben wollen, verkennt sie die sachlogische Funktion der Ressourcenbetrachtung für die Rechtfertigung der Mittelstandsvermutung.

Der - unterstellte - Abschreckungseffekt großer Finanzkraft deckt als Begründung zwar generell die Expansion großer auf Kosten mittelständischer Unternehmen. Das Ressourcenargument kann dagegen nicht die Frage beantworten, warum die Gefahr der Expansion des hinzutretenden Großunternehmens wettbewerbspolitisch ernster zu nehmen sein soll als bei ebenfalls ressourcenstarken Konkurrenzunternehmen vergleichbarer Größe und mit gleichen Marktanteilen. Tatsächlich entfällt die innere Logik der Abschreckungstheorie für derartige Zusammenschluß- und Marktkonstellationen.

Da nämlich die Mittelständler an die Marktpräsenz finanzstarker Wettbewerber bereits gewöhnt sind³, liefert auch die Abschreckungstheorie kein Argument für die Wahrscheinlichkeit, daß gerade die Ressourcenstärke des hinzutretenden Großunternehmens die kleineren Konkurrenten auf lange Sicht "zur Aufgabe ihrer Selbständigkeit"⁴ zwingt.

1) ebenso Maier-Reimer, GRUR 1980, 972

2) BT-Dr 8/2136, 20 re (Hervorhebung von Verf)

3) Dies spricht auch grundsätzlich gegen die Wirklichkeitsnähe der Abschreckungstheorie, denn ihren Denkgesetzmäßigkeiten folgend hätte die Marktpräsenz der "Großen" nicht zur Gewöhnung führen dürfen, sondern abschreckend wirken müssen - vgl dazu S. 174

4) RegB, BT-Dr 8/2136, 20 re

Zutreffend weist MAIER-REIMER darauf hin, daß die Regierungsbegründung darüber hinaus sowohl die gesetzliche Systematik der Fusionskontrolle als auch den Begriff der "überragenden Marktstellung" erkennt: Rechtlich kommt es nicht darauf an, "ob eine überragende Marktstellung gegenüber einzelnen, nämlich mittelständischen Wettbewerbern, sondern darauf, ob sie gegenüber allen Wettbewerbern besteht. Ist auch nur ein weiterer Wettbewerber vorhanden, dem gegenüber keine überragende Marktstellung besteht, so besteht keine überragende Marktstellung in der Form des Monopols"¹. Da die Mittelstandsmarktvermutung gerade eine Monopolsituation erfassen soll, ist § 23a I 1a entgegen der Regierungsbegründung "widerlegt und kommt eine Untersagung nicht in Betracht, wenn in dem betreffenden Markt ein anderes Unternehmen in selbem Maße über Finanzkraft und Marktanteil verfügt"¹.

c) Kompensation großer Finanzkraft durch höhere Marktanteile kleinerer Wettbewerber

Die 4. Novelle verfolgt das Anliegen, durch die neuen Vermutungen die "Ressourcenbetrachtung als gleichwertiges Beurteilungskonzept neben die Marktanteilsbetrachtung" zu stellen². Selbst aber wenn es zutrifft, daß sich diese Auslegung des § 22 I 2 im Rahmen des rechtlich Zulässigen hält³, so begründet sie doch wenigstens keinen Vorrang des Finanzkraftkriteriums. Kommt aber der Finanzkraft als

1) vgl GRUR 1980, 972 li; aA jetzt Schultz, WuW 1981, 104 aE

2) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 19 re (Hervorhebung von Verf)

3) ablehnend Kaiser, WuW 1978, 352; die Rspr mißt dem Marktanteil als dem "am stärksten marktbezogenen Merkmal ... besondere Bedeutung zu" - vgl nur WuW/E OLG, 2185 (hydraulischer Schreitausbau) unter Berufung auf WuW/E OLG, 1645, 1651 (Valium - Librium); Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdz 82, bezeichnen den Vorrang des Marktanteilskriteriums als hM (mwN); einschränkend nunmehr jedoch WuW/E BGH, 1755 - Klöckner/Becorit: der BGH lehnt einen pauschalen Vorrang des Marktanteilskriteriums wegen der "gebotenen Gesamtbetrachtung" ab, spricht ihm jedoch "insofern hohe Bedeutung zu, als er die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweist und weitgehend auch dessen Verhaltensspielraum für die Zukunft erlassen läßt".

solcher rechtlich kein größeres Gewicht zu als dem Marktanteil¹, dann muß überragende Finanzkraft im Rahmen der Widerlegung des § 23a I 1a durch überragende Marktanteile grundsätzlich kompensationsfähig sein.

MAIER-REIMER unternimmt den Versuch, diese Widerlegungsmöglichkeit am Beispiel der Entscheidung des Kammergerichts in der Sache Klöckner/Becorit² auf ein allgemeines Prinzip zurückzuführen. Das Kammergericht hatte im Anschluß an das Bundeskartellamt die marktbeherrschende Stellung von Klöckner/Becorit mit durchschnittlich³ 42 % Marktanteil bejaht. Dies geschah, obwohl die Thyssen AG mit - im Juli 1977 - zwar nur 10% Marktanteil, aber dafür 4 bis 5facher Finanzkraft ein ernst zu nehmender Wettbewerber war. MAIER-REIMER schließt aus diesem Verhältnis⁴, daß § 23a I 1a immer dann widerlegt sein müsse, wenn finanziell schwächere Unternehmen die Zusammenschlußbeteiligten an Marktanteilen in demselben Verhältnis überragen, wie letztere die erstgenannten an Finanzkraft⁵.

Dieser Auffassung ist beizutreten.⁶ Allerdings begründet das Kammergericht seine Entscheidung maßgeblich auch mit dem bisherigen Verhalten der Thyssen AG, das den Wettbewerbern ein Schritthalten grundsätzlich immer erlaubt hätte⁷. Die Entscheidungsgründe lassen insoweit nicht

- 1) so auch Maier-Reimer, GRUR 1980, 972 re
- 2) WuW/E OLG, 2182 - hydraulischer Schreitausbau
- 3) Das KG entschied erst fast 3 Jahre nach Vollzug des Zusammenschlusses und bildete einen Mittelwert der Marktanteile für den Zeitraum von 1975-1977 - vgl im einzelnen WuW/E OLG, 2184
- 4) zu den einschlägigen Sachverhaltsdaten vgl ausführlich WuW/E BKartA, 1831 f; Maier-Reimer, GRUR 1980, 972 re, verwendet ausschließlich die Zahlen für das Jahr 1977 und kommt daher zu eindeutigeren Zahlenverhältnissen (Marktanteile Klöckner/Becorit 4,5 : 1, Finanzkraft Klöckner/Becorit 1 : 4 - jeweils im Verhältnis zur Thyssen AG)
- 5) GRUR 1980, 972 re
- 6) Einschränkung kritisiert Harms - GK, § 23a Rdz 143, 227 - diese Auffassung als zu schematisch, jedoch stimmt er ihr für den Regelfall zu.
- 7) vgl WuW/E OLG, 2186

erkennen, ob es sich um ein objektiviert strukturtypisches Verhalten handelte¹, oder ob das Kammergericht unternehmerische Einzelentscheidungen der Thyssen AG gewürdigt hat, die der Bundesgerichtshof im Rahmen der strukturorientierten Fusionskontrolle für nicht berücksichtigungsfähig hält².

Die hier befürwortete Widerlegungsmöglichkeit wird in ihrer Berechtigung von der Beantwortung dieser Frage jedoch nicht tangiert. Sie ist gerade unter Verzicht auf Verhaltensbeobachtungen nur aus den anerkannten Beurteilungsfaktoren "Marktanteil" und "Ressourcenstärke" entwickelt worden: Haben diese Kriterien für die Begründung von Marktmacht konzeptionell das gleiche Gewicht, so heben überragende Finanzkraft einerseits und überragende Marktanteile andererseits sich in ihrer Vermutungswirkung gegenseitig auf. Auf das Verhalten der betroffenen Unternehmen oder sonstige Daten kommt es nicht an. Dieses Ergebnis muß aus der Gleichstellung von Marktanteils- und Ressourcenbetrachtung jedenfalls gefolgert werden.

Daran zeigt sich jedoch zugleich die Schwäche einer solchen "Gleichheitslösung": Deren Vertreter müßten doch § 22 III 1 wohl als widerlegt ansehen, wenn z.B. ein Umsatzmilliardär 40 % Marktanteil, der Wettbewerber mit 8 mrd DM Umsatz dagegen nur 5 % Marktanteil besitzt. Auf diese realitätsferne Konsequenz laufen letztlich auch die Versuche hinaus, die Ressourcenkriterien in § 22 I 2 vom Marktmachtkonzept zu lösen und als gleichwertige, quantitative Merkmale der Marktanteilsbetrachtung gegenüberzustellen³.

1) vgl WuW/E BGH, 1510

2) aaO, 1509

3) vgl die Bemühungen von Veltrup, 218 ff, außer der Finanzkraft auch die übrigen Kriterien in § 22 I 2 durch Quantifizierung zu "operationalisieren".

Das Zuordnungsproblem von Marktanteil und Ressourcenbetrachtung erfordert aber einen mehrdimensionalen Lösungsansatz. Zu unterscheiden ist nämlich, ob die aktuellen Machtverhältnisse auf einem bestimmten Einzelmarkt, oder die mutmaßlichen Folgen marktübergreifender Konzentrationsvorgänge zu beurteilen sind. In der Literatur ist diese Unterscheidung bisher nicht ausdrücklich getroffen worden, in der Regierungsbegründung klingt sie immerhin an: § 23a I soll klarstellen, daß "seit der Einführung des Begriffes der überragenden Marktstellung in § 22 Abs 1 Nr 2 die Ressourcenbetrachtung als gleichwertiges Beurteilungskonzept neben die Marktanteilsbetrachtung getreten ist und diese in den Fällen vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse insoweit auch ersetzen kann".¹ Während der letzte Teil dieser Aussage vertretbar erscheint, kommt die Regierungsbegründung für die statische Einzelmarkt Betrachtung jedoch zu einem falschen Ergebnis, wenn sie konstatiert, der Gesetzgeber der 2. Novelle habe im Rahmen des § 22 I 2 "insbesondere" auf die Ressourcen eines Unternehmens und "erst in zweiter Linie auf seinen Marktanteil" abgestellt². Diese Auffassung findet im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze. § 22 I 2 stellt den Marktanteil ausdrücklich voran - "außer seinem Marktanteil" - und läßt daneben die Ressourcen eines Unternehmens, davon "insbesondere" seine Finanzkraft usw., für die Beurteilung einer überragenden Marktstellung zu. Im Rahmen der jeweils aktuellen Einzelmarkt Betrachtung ist deshalb und zur Vermeidung realitätsfremder Ergebnisse dem Marktanteil als dem "am stärksten marktbezogenen Merkmal" mit der hM der Vorrang einzuräumen³

1) BT-Dr 8/2136, 19 re (Hervorhebung von Verf)

2) BT-Dr 8/2136, 13 li

3) vgl dazu schon die Nachweise auf S. 181 Fn 3; für marktübergreifende, insbesondere konglomerate Konzentrationsvorgänge verliert das Marktanteilskriterium naturgemäß viel von seinem Beurteilungswert, so daß diese - begrenzte - Lücke tatsächlich mit einer wettbewerbsbezogenen Ressourcenbetrachtung geschlossen werden kann.

Auch und gerade unter dieser Voraussetzung sind überragende Marktanteile finanzschwächerer Marktteilnehmer im Rahmen des § 23a I 1a als Widerlegungstatsachen anzuerkennen: Bei umgekehrtem Proporz von Finanzkraft und Marktanteilsquote beseitigt der überragende Marktanteil infolge seines materiellen Übergewichts zwingend die Vermutungswirkung überragender Finanzkraft.

2. § 23a I 1b

§ 23a I 1b vermutet die Verstärkung einer überragenden Marktstellung, wenn sich ein Doppelumsatzmilliardär mit einem ein- oder mehrfach marktbeherrschenden Unternehmen zusammenschließt und die relevanten Märkte ein Mindestumsatzvolumen von insgesamt 150 mio DM aufweisen.

a) Ausgewogene Unternehmensstruktur auf dem relevanten Markt

Amerikanische Erfahrungen haben gezeigt, daß eine konkrete Wahrscheinlichkeit für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Finanzkraftzuwachs nur dann besteht, wenn die übrigen Wettbewerber disproportional kleiner sind als das vorstoßende Großunternehmen und nicht von anderen wirtschaftlichen Riesen kontrolliert werden. Andernfalls verändern sich die wettbewerbsbedingungen nicht oder nur unwesentlich¹.

Diese Erkenntnisse lassen sich jedoch nicht ohne weiteres in eine Widerlegungstatsache zu § 23a I 1b transformieren. Zu beachten ist nämlich, daß spätestens seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Sachs/GKN die Eingriffsschwelle gegenüber Marktmachtverstärkungen nach § 24 I deutlich tiefer liegt als nach § 7 Clayton Act.

§ 7 Clayton Act erfaßt die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nur, wenn "the effect ... may be

1) vgl. S. 97 ff mN

substantially to lessen competition". § 24 I dagegen setzt zwar "eine wesentliche Veränderung eines der in § 22 Abs 1 Nr 2 GWB aufgezählten Merkmale", nicht jedoch auch eine wesentliche Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung voraus¹. Eine nur unwesentliche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen ist folglich nach § 7 Clayton Act von der Untersagung zwingend freigestellt, während sie im Rahmen des § 24 I iVm § 22 I 2 als Verstärkung einer überragenden Marktstellung untersagungsfähig sein kann.

Damit fehlt es an einer direkten Übertragbarkeit der amerikanischen Rechtsprechungsergebnisse auf die Widerlegungsregelung zu § 23a I 1b. Sie leisten jedoch für die Beurteilung der zukünftigen Wettbewerbsentwicklung wesentliche Orientierungshilfe. Da bei ausgewogener Unternehmensgrößenstruktur die Wahrscheinlichkeit des ersten Anscheins für die Wettbewerbsneutralität konglomeraten Finanzkraftzuwachses spricht, stellen derartige Marktverhältnisse an die Begründung der Untersagungsverfügung besonders hohe Anforderungen. Zusätzlich zur marktbezogenen Feststellung der Wettbewerbswirksamkeit von Finanzkraft an sich erfordert diese Ausgangslage spezielle Ausführungen darüber, weshalb der Finanzkraftzuwachs den Verhaltensspielraum des erworbenen Unternehmens gegenüber den finanziell ebenfalls potenten Wettbewerbern tatsächlich erweitert.

b) Keine "Erwartung" iSd § 24 I

Es wurde bereits festgestellt, daß die vom Bundesgerichtshof im Sachs/GKN-Beschluß entwickelten Prognoseanforderungen den unverzichtbaren Wesensgehalt des Marktmachtkonzepts charakterisieren und deshalb auch im Rahmen des § 23a I Anwendung finden müssen². Soweit der Bundesgerichtshof die Prognoseanforderungen durch bestimmte, strukturbezogene

1) WuW/E BGH, 1512 zu 5.

2) vgl S. 141.

Zusammenschlußdaten konkretisiert hat¹, widerlegt deren Fehlen die Vermutung des § 23a I 1b, der den Sachverhalt im Fall Sachs/GKN typisiert.

Relativierend ist jedoch in Betracht zu ziehen, daß der Bundesgerichtshof zwar allgemeine Prüfmaßstäbe für die "Erwartung" iSd § 24 I aufgestellt, diese Maßstäbe jedoch nur für die Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs konkretisiert hat². Die dazu entwickelten Kriterien konkretisieren folglich die "Erwartung" nicht abschließend. Auf sonstige marktrelevante Wettbewerbsformen - Qualität, Service-Leistungen, technische Innovation etc. - lassen sich die vom Bundesgerichtshof entwickelten Beurteilungsfaktoren nicht ohne weiteres übertragen. Insoweit müssen ggf. neue Ansätze gefunden werden.

Soweit es um die Entwicklung des Preiswettbewerbs geht, ist § 23a I 1b aber widerlegt, wenn

1. das erwerbende Großunternehmen nicht in wesentlichem Umfang marktnah tätig ist,
2. das Großunternehmen - erkennbar - keine Markterweiterungsabsichten verfolgt, sondern eine reine Finanzbeteiligung anstrebt und/oder
3. ein Preiswettbewerb auf dem relevanten Markt Zulieferpositionen des Großunternehmens - erkennbar - gar nicht gefährden kann, so daß die Wettbewerber beim finanziell gestärkten Marktbeherrscher mit einer erhöhten Bereitschaft zur Preiskampfabwehr³ nicht zu rechnen haben.

In der Sache zielen diese Widerlegungstatsachen darauf ab, rein konglomerate Zusammenschlüsse von der Vermutung auszunehmen. Wenn sich die Qualität der Konzentrationsentwicklung in Deutschland nicht verändert, werden diese Ent-

1) vgl S. 121

2) vgl S. 121 zu Fn 2

3) auf diese Abwehrbereitschaft stellte der BGH maßgeblich ab, vgl S. 122 ff mN

lastungsmerkmale jedoch nur ausnahmsweise praktische Anwendung finden: Das Kriterium der "Marktnähe" berücksichtigt § 23a I 1b nämlich dadurch, daß "die in der Bundesrepublik festzustellenden konglomeraten Unternehmen überwiegend auf verwandten oder angrenzenden Märkten tätig sind"¹.

In Anbetracht der Neigung zur brancheninternen oder branchenverwandten Verflechtung² werden rein konglomerate Zusammenschlüsse³ bei gleichbleibender Entwicklung deshalb tatsächlich nicht das Gros der Kontrollfälle ausmachen.

Damit schwindet auch die praktische Bedeutung der 2. und 3. Widerlegungstatsache; denn die Marktnähe ist zum einen das aussagekräftigste Indiz für eine Markterweiterungsabsicht, und zum andern schafft sie überhaupt erst die Möglichkeit für wettbewerbliche Fernwirkungen des relevanten Marktes auf andere Märkte des Großunternehmens.

Dies war auch die Ursache für die Absicht des Gesetzgebers, die tragenden Gedanken des Sachs/GKN-Beschlusses unter Beibehaltung des Marktmachtkonzepts "fortzuentwickeln"⁴. Da § 23a I 1b sich insoweit als Fehlschlag erweist, ist jedoch möglicherweise damit zu rechnen, daß sich die Zusammenschlußaktivitäten der Großunternehmen von komplementären schwerpunktmäßig auf rein konglomerate Konzentrationsbestrebungen verlagern⁵. Unter dieser Voraussetzung gewinnen die erörterten Widerlegungstatsachen eine praktisch weitreichende, untersagungshindernde Bedeutung.

-
- 1) MK II, Tz 417 aE; diesen Umstand hält auch Baur, Markt, 306, für erwähnenswert
 - 2) vgl MK I, Tz 251 ff, besonders Tz 335 ff
 - 3) vgl etwa den Fall Babcock/Iran, TB 1975, BT-Dr 7/5390, 36 f
 - 4) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26 f
 - 5) Diese Entwicklung ist in den USA aufgrund des insoweit ebenso unzulänglichen § 7 Clayton Act bereits weit vorangeschritten - vgl dazu Pertschuk/Davidson, Fordh. L.Rev. 1979, 3 ff m zahlr N; Bauer, B.L. Rev. 1978, 201 f, besonders Fn 10; Bericht des US-Justizministeriums in WuW 1980, 172 f; s auch Tab 7 bei Neiser, 37

c) Teilwiderlegung des § 23a I 1b

Für den Fall, daß das erworbene Unternehmen tatbestandsmäßig mehrere Märkte beherrscht, stellt sich die Frage, welche rechtlichen Wirkungen es hat, wenn die Vermutung für einen oder einige dieser Märkte widerlegt werden kann, für andere dagegen nicht. Zur Verdeutlichung der Problemstellung ein vereinfachtes Beispiel:

Doppelumsatzmilliardär D erwirbt U, das die Märkte $M_1 - M_3$ beherrscht. Auf den Märkten M_2 und M_3 ist mit einer Marktmachtverstärkung des U nicht zu rechnen, weil D nur bezüglich M_1 marktnah tätig ist.

Ist § 23a I 1b widerlegt, wenn M_1 nicht das tatbestandlich vorausgesetzte Mindestumsatzvolumen von 150 Millionen DM aufweist?

Auf den ersten Blick möchte dies einleuchtend erscheinen, denn beherrschte U ausschließlich den Markt M_1 , wäre § 23a I 1b wegen der nicht erfüllten Marktvolumensgrenze von vornherein nicht anwendbar gewesen. Auch geht die Regierungrs begründung erkennbar davon aus, daß der Zuwachs an Finanzkraft die Stellung des erworbenen Unternehmens auf sämtlichen bereits beherrschten Märkten verstärken wird¹. Diese Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung findet Ausdruck in der Funktionsbestimmung der Marktvolumensgrenze, die "die Vermutung auf gewichtige Zusammenschlüsse begrenzen"² und bei mehrfacher Marktbeherrschung deren Verstärkung auf mehreren geringervolumigen Märkten gerade in ihrer kumulierten Wirkung erfassen soll³.

Der Wortlaut des § 23a I 1b scheint dagegen einen für alle beherrschten Märkte erfolgreichen Entlastungsnachweis vorauszusetzen: Zu widerlegen ist die Vermutung, daß "eine überragende Marktstellung ... sich verstärken wird". Da-

1) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 21 li

2) RegB, aaO, 21 li

3) RegB, aaO, 21 re

nach wäre die Bagatellegrenze von 150 mio DM im Rahmen des § 23a I 1b nur als "Aufgreifkriterium" zu verstehen, das zwar für die Einleitung des Verfahrens erfüllt sein muß, für die Widerlegung der Vermutung jedoch materiell keine Rolle spielt. Diese Widersprüchlichkeit von Gesetz und Gesetzesbegründung zeigt, daß der Gesetzgeber das hier auftretende Problem übersehen hat. Auch in der bisher erschienenen Literatur finden sich dazu keine Ausführungen.

Praktische Bedeutung gewinnt die Frage im Fall des non liquet: Gilt § 23a I 1b - bezogen auf den Beispielfall - nicht als widerlegt, weil D und U die Verstärkungsvermutung für M₁ nur bis zum non liquet entkräften können, dann rechtfertigt die mit § 23a I 1b verbundene Beweislastumkehr die Untersagung des Zusammenschlusses. Gilt § 23a I 1b dagegen als widerlegt, muß das Bundeskartellamt die Marktmachtverstärkung materiell nachweisen und ist im Fall des non liquet an einer Untersagung gehindert¹.

Die rechtlich zutreffende Auslegung des § 23a I 1b folgt aus einer Synthese der materiellrechtlichen Systematik der Fusionskontrolle einerseits sowie der tragenden Gedanken des § 23a I 1 und der mit ihm verbundenen Regelungsziele andererseits. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Erkenntnis, daß die Marktvolumensgrenze in § 23a I 1b nicht

1) Die Verf. setzt voraus, daß in diesem Fall nicht nachträglich § 23a I 1a eingreift. Da sehr geringvolumige Märkte wohl ausschließlich mittelständisch strukturiert sind, ist § 23a I 1b - soweit er eine Marktaddition voraussetzt - als Spezialvorschrift für den Erwerb eines Marktherrschers auf mittelständischen Märkten aufzufassen, die die Anwendbarkeit des tatbestandsmäßig ebenfalls erfüllten § 23a I 1a ausschließt. Der Grundgedanke des § 23a I 1a fließt allerdings unter rechtssystematischen und teleologischen Gesichtspunkten in die Auslegung des § 23a I 1b ein - vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen im Text

als qualitative Wesentlichkeitsgrenze für das Eingreifen der Fusionskontrolle überhaupt zu interpretieren ist. Das folgt aus § 24 VIII Nr 3, demzufolge alle Märkte, die mindestens fünf Jahre alt sind und auf denen im letzten Kalenderjahr vor Zusammenschluß wenigstens 10 mio DM umgesetzt wurden, für die Prüfung der Untersagungsvoraussetzungen relevant sind.

§ 23a I 1b soll die Fusionskontrolle verschärfen, doch ist gerade die Marktvolumensgrenze dazu bestimmt, diese Verschärfung "auf gewichtige Zusammenschlußfälle zu begrenzen"¹. Daraus könnte man grundsätzlich schließen, daß ein Unterschreiten der Marktvolumensgrenze durch Teilwiderlegung die Rechtsfolge des § 23a I 1b ausschließt. Wie aber die Zusammenfassung der ersten beiden Vermutungen des § 23a I in einer Ziffer formal bereits andeutet, stehen § 23a I 1a und § 23a I 1b in engem normativem Zusammenhang. Beide Vermutungen verfolgen insoweit dasselbe Ziel, als sie die zunehmende Vermachtung mittelständischer Märkte bekämpfen wollen². Es wäre folglich paradox, den Erwerb eines kleinen Unternehmens durch § 23a I 1a als untersagungswürdig zu indizieren, wenn es nur 5 % Marktanteil auf einem Markt mit einem Umsatzvolumen von 10 mio DM besitzt, den gleichen Erwerbsvorgang aber von § 23a I 1 freizustellen, wenn das kleine Unternehmen 40 % Marktanteil hat.

Es ist letztlich gleichgültig, ob man - wie hier - in einem solchen Fall § 23a I 1b für unwiderlegt, weil § 23a I 1a für unanwendbar, oder ob man § 23a I 1a für anwendbar, weil § 23a I 1b für widerlegt hält³. Im Ergebnis ist die hier

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 21 li

2) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 26

3) Für die hier vertretene Auffassung spricht mE der Vorzug eines in sich geschlossenen Prüfungsverfahrens: Bei Einleitung der Ermittlungen ist die 150 mio-Grenze erfüllt. Im "Aufgreifstadium" hat das Zusammenschlußvorhaben das vorausgesetzte wirtschaftliche Gewicht. Erst nachträglich stellt sich aus tatsäc h l i c h e n

FortS. 3) s. nächste Seite

beispielhaft behandelte Prüfkonstellation jedenfalls von § 23a I 1 zu erfassen - vorausgesetzt, der relevante Einzelmarkt erreicht die Wesentlichkeitsgrenze des § 24 VIII Nr 3.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß § 23a I 1b wortgetreu auszulegen und folglich erst dann widerlegt ist, wenn die Erwartung der Marktmachtverstärkung für alle beherrschten Märkte iSd § 24 VIII Nr.3 ausgeräumt ist.

3. § 23a I 2

Anders als die Vermutungen in § 23a I 1 läßt der Tatbestand in Nr 2 weder einen konkreten Schluß auf die zu erwartende Veränderung der Marktstruktur - Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung -, noch auf den dadurch begünstigten Träger der Marktmacht zu. Vielmehr soll der Vermutungserfolg allein durch die zusammenschlußbedingte Zusammenfassung von mindestens 12 mia DM Umsatz unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung eintreten¹.

a) Übertragbarkeit der zu § 23a I 1 ermittelten Widerlegungsstatsachen

Wie bereits festgestellt wurde, verbietet das Gebot konkret wettbewerbsbezogener Gefahrenabwehr eine markunabhängige,

3) Forts.

Gründen heraus, daß die Vermutung in dem Umfang nicht zutrifft. Da der Zusammenschluß aber nach der materiellen Gesamtaussage des § 23a I 1 trotzdem untersagungswürdig ist, wäre es eine künstliche Aufspaltung des Normzusammenhangs beider Tatbestände, unter "weiter" Auslegung des § 23a I 1a auf diese Vermutung umzuschwenken. Konsequenter ist es, den materiellen Gehalt des § 23a I 1 im Rahmen des nach dem Gesetzeswortlaut Möglichen innerhalb der Widerlegung des § 23a I 1b zu verwirklichen.

1) vgl MK I, Tz 954

ausschließlich gegen wirtschaftliche Konzentration und Unternehmensgröße an sich gerichtete Fusionskontrolle. Bei Großzusammenschlüssen hat das Bundeskartellamt deshalb auch weiterhin die Verhältnisse auf einzelnen Märkten zu überprüfen und zugunsten der Unternehmen allen in diesem Zusammenhang erkennbaren Entlastungstatsachen nachzugehen.

Soweit die Sachverhaltskonstellation vergleichbar ist, sind alle zu § 23a I 1 entwickelten Kriterien auch für § 23a I 2 als Widerlegungstatsachen anzuerkennen. Von Bedeutung sind hier insbesondere die Kompensation der Finanzkraft durch hohe Marktanteile¹ und eine ausgewogene Unternehmensgrößenstruktur auf dem relevanten Markt². Da auch das Kriterium fehlender Marktnähe zur Widerlegung führt, kann § 23a I 2 seinen politischen Zweck, den Stopp der Unternehmenskonzentration im Bereich von Großunternehmen, nicht erfüllen.

b) Gemeinschaftsunternehmen - neue Märkte

Der Regierungsbegründung zufolge ist § 23a I 2 widerlegt, "wenn bei Zusammenschlüssen, die sich ausschließlich auf neue Märkte auswirken, nachgewiesen ist, daß ohne den Zusammenschluß der neue Markt gar nicht zur Entstehung gelangen würde"³.

Diese Voraussetzungen werden überwiegend von solchen Zusammenschlüssen erfüllt, welche die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen zum Gegenstand haben. Gemeinschaftsunternehmen ihrerseits unterfallen der Vermutung jedoch nur, wenn sie auf alten Märkten tätig sind, die nämlich im letzten Kalenderjahr vor Zusammenschluß ein Umsatzvolumen

1) so auch Maier-Reimer, GRUR 1980, 973 re

2) vgl dazu auch RegB, BT-Dr 8/2136, 21 re, wonach die Vermutung nicht eingreift, "wenn die relevanten Märkte ... bereits durch ähnlich große oder noch größere Unternehmen geprägt und gleichwohl noch nicht oligopolistisch verengt sind". In Betracht kommen hier vor allem Märkte mit hohem Investitionsbedarf, zB Märkte der Kraftwerksindustrie, der großen Datenverarbeitung oder der Flugzeugindustrie.

3) BT-Dr 8/2136, 21 re

von mindestens 750 mio DM hatten - § 23a I 2 2.HS. Von Ausnahmen wie z.B. der Veräußerung einer Forschungsabteilung oder GmbH für neue Produkte einmal abgesehen, greift deshalb für die meisten Zusammenschlüsse, die sich auf ausschließlich neue Märkte auswirken, schon die Bereichsausnahme des § 23a I 2 2. HS ein.¹ Um eine Widerlegungstat-sache handelt es sich dagegen in diesen Fällen nicht.

Hinsichtlich der Untersagungsfähigkeit von Gemeinschaftsunternehmen sind allerdings zwei Widerlegungsmöglichkeiten konkret zu bejahen.

Zum einen muß § 23a I 2 auch dann als widerlegt gelten, wenn das Gemeinschaftsunternehmen zwar auf einem Markt mit mehr als 750 mio DM Umsatz tätig ist, entgegen der Annahme des Gesetzgebers aber trotzdem der Forschung dient².

Darüber hinaus darf § 23a I 2 auch dann nicht durchgreifen, wenn es sich bei Überschreiten der Marktvolumengrenze zwar nicht um ein Forschungsgemeinschaftsunternehmen handelt, dafür jedoch bereits sehr finanz- und/oder marktstarke Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig sind³.

III. Konkurrenz der §§ 23a I und 22 III 1

§ 23a I gilt "unbeschadet des § 22 Abs 1 bis 3". Fraglich ist, welche rechtlichen Konsequenzen es hat, wenn ein Zusammenschluß die Vermutung auslöst, daß eine marktbeherrschende Stellung entsteht, während für einen anderen Wettbewerber gem § 22 III 1 die Vermutung aktueller Marktbeherrschung gilt. Da § 23a I 1b die aktuelle Marktmacht eines Zusammenschlußbeteiligten bereits als zu verstärkend voraussetzt, kann dieser Konflikt nur für die Vermutungen in § 23a I 1a und § 23a I 2 auftreten.

Die Erörterung der Problematik sei hier exemplarisch auf § 23a I 1a beschränkt. Zur Verdeutlichung ein Fallbeispiel⁴:

1) im Ergebnis ebenso Harms, GK, § 23a Rdz 226 aE

2) vgl WA-Bericht, BT-Dr 8/3690, 27 li; zur Begründung vgl schon S. 58

3) vgl S. 193

4) nach Bechtold, BB 1978, 566

Doppelumsatzmilliardär U erwirbt ein Kleinunternehmen K, das auf einem für U fremden Markt 7 % Anteile hat. Das mittelständische Unternehmen C hat auf dem relevanten Markt 40 % Marktanteil.

§ 22 III 1 weist C als marktbeherrschend aus. Darüber hinaus löst der Zusammenschluß U/K gem § 23a I 1a die Vermutung der Entstehung einer überragenden Marktstellung aus.

Für BECHTOLD resultiert diese Gegenüberstellung ohne Begründung in der Vorrangstellung des § 23a I 1a, denn "nicht das kleine (Unternehmen) mit 40 % Marktanteil gilt dann als Marktbeherrscher, sondern das große mit 7 %".¹

Der Schlüssel zu dieser These könnte in den unterschiedlichen zeitlichen Bezugsebenen beider Vermutungen liegen. Während § 22 III 1 gegenwärtige Marktbeherrschung vermutet, hat der Zusammenschluß, der mit Hilfe von § 23a I 1a untersagt werden soll, die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung erst in der Zukunft zur Folge. Eine denkbare consecutio aus dieser zeitlichen Differenz wäre, die Gefahr zukünftiger Marktbeherrschung unabhängig - "unbeschadet" - davon zu bejahen, daß im Zeitpunkt des Zusammenschlusses - gegenwärtig - ein anderes Unternehmen noch marktbeherrschend ist. Die Widersprüchlichkeit beider Vermutungen wäre dann durch Berücksichtigung des unterschiedlichen zeitlichen Bezugspunktes aufgelöst.

Diese Argumentation übersähe jedoch, daß die zeitlichen Ebenen nicht unabhängig voneinander, sondern aufeinander bezogen existieren. Die Vermutung der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung würde zwangsläufig auch die Vermutung beinhalten, daß durch diesen Zusammenschluß das bisher marktbeherrschende Unternehmen seine Position zugunsten des ressourcengestärkten Unternehmens aufgeben müßte. Damit wäre implizit doch eine Entscheidung über das Rangverhältnis von Ressourcen- und Marktanteilsbetrachtung getroffen, wenn auch im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung.

1) BB 1978, 566

Da jedoch der Gesetzgeber gerade die Gleichwertigkeit beider Gesichtspunkte betont¹, ist diese "Zeitlösung" nicht anwendbar.

Weil der rechtliche Vorrang einer der beiden Monopolvermutungen sich ebenfalls nicht aus sachlichen oder systematischen Notwendigkeiten ergibt, heben sich beim Zusammentreffen beider Vermutungen diese im Ergebnis gegenseitig auf². Die Behörde muß dann unter Verzicht auf entscheidungserleichternde Vermutungen die Erwartung der Entstehung einer überragenden Marktstellung bei voller Beweislast nachweisen.

IV. Praktische Tragweite des § 23a I - Zusammenfassung

Für den Bereich förmlicher Fusionskontrollverfahren läßt sich die praktische Bedeutung des § 23a I wie folgt skizzieren: Als reine Beweislastvorschriften können die neuen Monopolvermutungen, die mit der 4. Novelle verbundenen gesellschafts- und strukturpolitischen Regelungserwartungen nicht erfüllen. Da sie eine Präklusion von Widerlegungstatsachen rechtlich nicht bewirken, liegt die "Fortentwicklung" der Fusionskontrolle allein in der Verlagerung des Marktmachtbezugs von der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen in die der Widerlegbarkeit.

Wegen des auch für die Widerlegung geltenden Amtsermittlungsprinzips erleichtern die neuen Vermutungen die Entscheidungsfindung im Verhältnis zum bisher geltenden Recht kaum. Da § 23a I 1a und § 23a I 2 sachlich in den meisten

1) vgl RegB, BT-Dr 8/2136, 19

2) von der r e c h t l i c h e n Vorrangstellung zu unterscheiden ist die Frage, ob eine der beiden Vermutungen möglicherweise aus t a t s ä c h l i c h e n Gründen widerlegt ist, etwa § 23a I 1a durch die hohen Marktanteile bei reziprok proportionaler Finanzkraftverteilung; zur Unterscheidung von rechtlichem Anwendungsbereich und tatsachenbezogener Widerlegung vgl auch Immenga/Schulte-Braucks, BB 1981, 152 re

Fällen nicht eingreifen¹ und infolgedessen leicht zu widerlegen sind, wird sich ihre Bedeutung in der verfahrensgebundenen Fusionskontrolle einer "Nullpraxis"² nähern. § 23a I 1b dagegen mag bei gleichbleibendem Konzentrations-trend tatsächlich beweiserleichternde Funktion zukommen. Durch den Sachs/GKN-Beschluß des Bundesgerichtshofs kann diese Vermutung den Erwerb marktbeherrschender Unternehmen durch marktnah tätige Großunternehmen in signifikantem Umfang verhindern.

Abzuwarten bleibt, ob das Bundeskartellamt die rechtlichen Beschränkungen bei der Anwendung des § 23a I auch im Rahmen seiner informellen Kontrollpraxis beachtet. Hier zeigen sich nunmehr konkret Problematik und praktische Bedeutung der sog. Vorfeldwirkung³: Nimmt das Bundeskartellamt auf "Gesprächsebene" die materielle Auslegung des § 23a I in Anspruch und lassen sich die beteiligten Unternehmen dadurch einschüchtern, oder ist der Rechtsweg wegen der Eilbedürftigkeit des Zusammenschlußvorhabens für sie nicht von Interesse, äußert § 23a I auf diesem Wege sehr viel weitreichendere Belastungswirkungen, als vor den Gerichten durchsetzbar wäre.

Es ist zu hoffen, daß das Bundeskartellamt die rechtlichen Schranken seines Handlungsspielraums in rechtsstaatlicher Selbstverantwortung einhält.

1) so auch Säcker, WA -Prot 8/53, 38, 45

2) Säcker, ebd, 67

3) so im Ergebnis auch Nagel, DB 1979, 1021, 1025; vgl zur rechtsstaatlichen Problematik der Vorfeldwirkung bereits S. 161 f

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

- 1) Durch § 23a I findet eine Abkehr vom Marktmachtkonzept rechtlich nicht statt. Die Fusionskontrolle bleibt konkrete Gefahrenabwehr.

- 2) Eine materielle Verschärfung der Fusionskontrolle beinhaltet § 23a I nicht.
 - Die Ressourcenvermutungen kehren die materielle Beweislast um und erleichtern so die Feststellung der Untersagungsvoraussetzungen in §§ 24 I und 22 I 2.
 - Der Amtsermittlungsgrundsatz wird durch § 23a I nicht eingeschränkt.
 Behörden und Gerichte bleiben verpflichtet, auch zugunsten der Unternehmen bis zur Grenze des Möglichen und Zumutbaren zu ermitteln.
 - Die Auslegung der Vermutungen als Regelbeispiele ist wegen deren mangelnder Marktmachtbezogenheit unzulässig.
 Marktmachtbezogene Widerlegungsstatsachen sind nicht
 - auch nicht zum Teil - präkludiert.

- 3) § 23a I ist kein taugliches Instrument zur Bekämpfung der Unternehmenskonzentration an sich.

- 4) Mittelstandsschutz durch Strukturkonservierung findet durch § 23a I nicht statt.

Schlußbetrachtung - Rechtspolitische Perspektiven

Die Analyse des geltenden Rechts und der zu beurteilenden wirtschaftlichen Prozesse resultierte in der Feststellung, daß die Auswirkungen konglomerater Konzentrationsvorgänge im Bereich oder unter Beteiligung von Großunternehmen mit dem Begriff der "überragenden Marktstellung" weitgehend nicht zu erfassen sind.

So banal diese Erkenntnis im Grunde ist¹, so untauglich muß der Versuch erscheinen, dem struktur- und gesellschaftspolitisch als unbefriedigend empfundenen Zustand durch fiktive "Anpassung" der Realität an wettbewerbsrechtliche Eingriffskriterien abhelfen zu wollen. Wie am Beispiel des § 23a I 1a zu sehen war², birgt dieses Verfahren in besonderem Maße das Risiko der Zweckverfehlung in sich. Es ist nur allzu wahrscheinlich, daß einerseits die verfehlte Einschätzung der Wettbewerbsrealität zu wettbewerbswidrigen Kontrollmechanismen führt und andererseits die normative Beschränkung auf den Wettbewerbsbezug darüber hinaus auch die Verwirklichung wettbewerbstranszendenter Zwecke vereitelt.

Rechtspolitisch sachgerecht und erfolgversprechender wäre deshalb wohl der Versuch, zur Verwirklichung politischer Ziele die gesetzlichen Regelungen der Realität anzupassen. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß zuerst alle tatsächlichen Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft, dann klare politische Zielvorstellungen entwickelt und schließlich aus diesem Spannungsverhältnis rechtliche Kriterien zu ihrer Verwirklichung geschaffen werden.

Daraus folgt: Will man konglomerate Großzusammenschlüsse mit einer grundsätzlich wettbewerbsbezogenen Fusionskontrolle

1) Sie hat in der Diskussion um Alternativkonzepte unübersehbar Ausdruck gefunden - vgl nur die Begründung Kantzenbachs für die Notwendigkeit der Abkopplung, S. 9
mN

2) vgl S. 173 f

erfassen, so erfordert die Erkenntnis der - nach bisherigem Begriffsverständnis - weitgehenden Wettbewerbsneutralität konglomerater Großfusionen¹, politisch eindeutige Aussagen über die gewünschte Qualität des Wettbewerbs zu treffen² und davon ausgehend dem Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" klare Konturen³ zu geben.

Es ist folglich die Entscheidung zu fällen, ob der Wettbewerb ausschließlich als Instrument zu effizienter, kostenminimierter Nachfragebefriedigung geschützt werden soll⁴ oder ob er unter Inkaufnahme gelegentlich höherer Kosten und Preise die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zulasten des aktuellen Wettbewerbs garantieren soll⁵.

- 1) vgl zB das Resumée von Scherer, Yale L. Rev. 1977, 988: "... most sizeable mergers ... have tended to have only minor anticompetitive effects. If I am right, mergers contribute little in general either to efficiency or monopoly."
- 2) vgl dazu Demsetz, 333
- 3) Das GWB definiert den Begriff "Wettbewerb" nicht - zu den unterschiedlichen Interpretationsansätzen vgl zB Raisch, BB 1971, 230 ff; Sander, 172 ff, 209 ff; v. Woedtke, 197 ff
- 4) Dies ist der wettbewerbspolitische Ansatzpunkt der Chicagoer Schule (s. auch S 2 Fn 2), die allein auf der Preistheorie basiert und nichtökonomische Ziele für die Fusionskontrolle ablehnt - vgl Bork, Antitrust Paradox, 4 ff; ders schon in A.L.J. 1977, 878: "Antitrust is primarily, if not entirely, about consumer welfare. That is what competition is all about." vgl auch Posner, Penns. L. Rev. 1979, 932: "... the proper lens for viewing antitrust problems is price theory."
- 5) In den USA ist diese Entscheidung wenigstens von der Legislative klar getroffen worden. - Vgl dazu schon die Ausführungen im Fall US v. Brown Shoe, 370 US 294 (1962): "But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization." Vgl auch die Wiedergabe der Argumentation der FTC im Fall Procter & Gamble bei Markert, AWD 1966, 427 li.

Soweit die Fusionskontrolle jedoch wettbewerbstranszendenten Zielen zu dienen bestimmt ist, sollte wenigstens der Versuch unternommen werden, aus den gesellschaftspolitischen Anliegen generalisierungsfähige Kriterien abzuleiten.

Ansatzpunkt dafür wäre zB die These, daß "politische Demokratie und Marktwirtschaft ... ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar"¹ sind. Es gälte folglich zu untersuchen, welche Auswirkungen Unternehmensgröße und -konzentration haben "on the balance of political power"².

Sicher sind die Schwierigkeiten, diesbezüglich zu verallgemeinerungsfähigen Erkenntnissen zu gelangen, nicht zu unterschätzen³. Versuche, die von amerikanischen Wissenschaftlern in dieser Richtung unternommen wurden, zeigen jedoch, daß es nicht generell unmöglich ist, rationale Ansätze zur politischen Klassifizierung ökonomischer Größenordnungen zu entwickeln⁴. In Deutschland müssen solche

1) RegB, BT-Dr 8/2136, 12; vgl dazu besonders Pertschuk/Davidson, Fordh. L. Rev. 1979, 1 f, 6 mwN

2) vgl Pertschuk/Davidson, Fordh. L. Rev. 1979, 6

3) Pessimistisch äußern sich zB Areeda/Turner, 23: "In short, political forces are too numerous, diverse and confusingly countervailing to permit any satisfying conclusion about the political effect of market concentration or economic size."

4) so bemühen sich zB Salamon/Siegfried, Am. Pol. Sci. Rev. 1977, 1016 ff, um einen empirischen Lösungsansatz. Sie stellen die Hypothese auf, daß "an industry containing large firms will have greater political influence than an industry of the same size but composed of more numerous small firms" (S. 1032). Sie identifizieren fünf strukturell-ökonomische Basisfaktoren ("firm size, industry size, market concentration, profit rate, degree of geographical dispersion"), denen sie eine die Transformation wirtschaftlicher Macht in politischen Einfluß begünstigende Wirkung unterstellen (S. 1028 - 1033). Empirisch erhobene Daten über die Gelegenheit, steuerliche Vergünstigungen zu erlangen (S. 1036 - 1042), bestätigten die Korrelation zwischen Unternehmensgröße und politischem Einfluß. Vgl zu diesem Problemkreis ferner Pertschuk/Davidson, Fordh. L. Rev. 1979, 6 ff mit zahlreichen Nachweisen und praktischen Beispielen.

Erkenntnis- und Begründungsanstrengungen auf Gesetzgebungsebene erst noch geleistet werden. Die Erfolgchancen dafür dürften jedenfalls nicht wesentlich geringer sein als für den Versuch, bei rein konglomeraten Zusammenschlüssen die Gefahr der Entstehung oder Verstärkung einer übertragenden Marktstellung nachzuweisen.

Was die Zulässigkeit einer gesellschaftspolitisch motivierten Fusionskontrolle betrifft, so ist wohl davon auszugehen, daß die Verhinderung demokratisch nicht legitimierter, politischer Machthäufung wegen Art 20 GG mit der Verfassung vereinbar und von der Ermächtigung in Art 74 Nr 11 GG gedeckt wäre¹, wenn sie im Rahmen dieser Zielsetzung auf rational begründete Eingriffskriterien gestützt würde.

O b dieser Gedanke in der Gesetzgebung tatsächlich verwirklicht wird, ist eine politische Entscheidung. An die Adresse der Politiker ist deshalb die Aufforderung zu richten, die Fragen wirtschaftlicher Konzentration in allen sachlichen Dimensionen und ohne Vorweg-Beschränkung auf ein bestimmtes Sanktionssystem zu erörtern², statt

1) In BVerfG 4, 7 (13) wurde dieser Kompetenznorm auch die materielle Aussage entnommen, daß der Gesetzgeber aus Gründen des Allgemeinwohls lenkend in das Wirtschaftsleben eingreifen dürfe. Das Gericht geht weiter davon aus, daß Wirtschaftspolitik stets zugleich auch Gesellschaftspolitik ist - BVerfG 13, 331 (345 f); 15, 235 (240) - und überläßt es weitgehend der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, das Gemeinwohl zu definieren und über die in dessen Interesse notwendigen Freiheitsbeschränkungen zu entscheiden - BVerfG 10, 354 (370 f); besonders 13, 97 (107) - großer Befähigungsnachweis in der Handwerksordnung.

2) Als ein für die Güterabwägung maßgebender Beurteilungsgesichtspunkt kommt zB die keineswegs überdurchschnittliche Effizienz von Großunternehmen in Betracht - zu den US-Hearings in dieser Sache vgl Markert, DB 1969, 449 ff, und den Bericht des US-Justizministeriums in WuW 1980, 171 ff. Berücksichtigung verdienen in diesem Zusammenhang aber auch Anlässe und Motivationen für Zusammenschlüsse (für die USA vgl Ferella, Bus. Law. 1980, 1418 ff), weil sich aus ihren Ursachen Möglichkeiten ihrer Bekämpfung ergeben.

sich zu hektischer, konzeptionell unscharfer Gesetzgebungstätigkeit hinreißen zu lassen¹. Denn auch unsere deutsche "legal tradition dictates that what is to be held unlawful must be clearly specified"².

Die Rechtsprechung sollte deshalb einer politisch motivierten Entrechtlichung der Untersagungs Voraussetzungen des § 24 I durch § 23a I entgegenwirken und die Regelungsverantwortung für das Problem nicht unmittelbar wettbewerbsfeindlicher, marktübergreifender Zusammenschlüsse an den Gesetzgeber zurückgeben.

1) Wenn die Auffassung der Monopolkommission sich durchsetzt, steht die nächste Novelle zum GWB in Form einer Entflechtungsregelung bereits bevor - vgl. MK III, Tz 662 ff. Die einschneidenden Eingriffe in die Wirtschaft sowie die damit verbundenen hohen "social costs" lassen das Fortbestehen konzeptioneller Ungenauigkeiten und realitätsfremder Prämissen als besonders gefährlich erscheinen - warnend vor falschen Erwartungen an eine Entflechtungsregelung in Deutschland äußert sich Posner, *Divestiture*, 30 ff.

2) so Kottke, J.E.I. 1979, 549, für die USA

LEBENS LAUF

Ich wurde am 29. Mai 1953 als einziges Kind des Postinspektors Heinz Kleb und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Vocke, in Münster/Westf. geboren.

Ostern 1960 wurde ich eingeschult. Von der Volksschule St. Mauritz wechselte ich Ostern 1964 auf das Annette-von-Droste-Hülshoff-Gymnasium über, wo ich mich für den neusprachlichen Zweig entschied. Im Mai 1972 legte ich dort die Abiturprüfung ab.

Zum Wintersemester 1972/73 immatrikulierte ich mich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in den Fächern Jura und Publizistik. Nachdem ich in den ersten Semestern schwerpunktmäßig Publizistik studiert hatte, verlagerte ich den Schwerpunkt im 5. Semester auf das Jurastudium. Am 20. August 1977 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung in Hamm.

Am 1. September 1977 trat ich in den gerichtlichen Vorbereitungsdienst ein, den ich teils im OLG-Bezirk Hamm und teils im OLG-Bezirk Stuttgart ableistete.

Am 24. Januar 1980 bestand ich in Stuttgart die Zweite Juristische Staatsprüfung.

Vom 1. Februar 1980 bis zum 30. September 1981 war ich im Institut für Berg- und Energierecht der Westfälischen Wilhelms-Universität als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig. Seit 1. Oktober 1981 stehe ich im Richterdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.



